# مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقود

## دراسة مقارنة _ مع القانون المصري و القانون الإنجليزي

**THE GOOD FAITH PRINCIPLE AT PERFORMING CONTRACTS**

**COMPARATIVE STUDY WITH EGYPTION LAW AND ENGLISH LAW**


إعداد

يحيي احمد بني طه

***إشراف***

***الأستاذ الدكتور محمد محاسنه***


**قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في القانون**

**الخاص في كلية الدراسات القانونية في جامعة عمان العربية للدراسات العليا**


**كلية الدراسات القانونية العليا**
**جامعة عمان العربية للدراسات العليا**

**2007**

ب

# التفويض

أنا يحيي احمد بني طه أفوض جامعة عمان العربية للدراسات العليا بتزويد نسخ من أطروحتي للمكتبات أو المؤسسات أو الهيئات أو الأشخاص عند طلبها .

الاسم : يحيي احمد بني طه .

التوقيع :

التاريخ : ١٧/٦/٧

## قرار لجنة المناقشة

نوقشت الأطروحة و عنوانها مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقود ، دراسة مقارنة

و أجيزت بتاريخ :٢٠/٥/٢٠٠٧

| أعضاء لجنة المناقشة : | | التوقيع |
|---|---|---|
| الأستاذ الدكتور أسامة مجاهد | رئيسا | |
| الأستاذ الدكتور سعدون العامري | عضوا | |
| الأستاذ الدكتور احمد أبو شنب | عضوا | |
| الأستاذ الدكتور محمد محاسنه | عضوا و مشرفا | |

## شكر و تقدير

أشكر الله سبحانه و تعالى الذي ألهمني الطموح و سدد خطاي .

و أتقدم بجزيل الشكر و العرفان للأستاذ الدكتور محمد محاسنه الذي اشرف على هذا العمل و لم يبخل بجهد أو بنصيحة و كان مثالا للعالم المتواضع . كما اشكر الأستاذ الدكتور محمد بشايره رئيس قسم القانون الخاص في جامعة اليرموك و الدكتور يوسف عبيدات الذي أبدى الكثير من النصح .

كما أشكر الأساتذة الكرام أعضاء لجنة المشاركة على تفضلهم بقبول مناقشة هذه الأطروحة . و لا يفوتني أن أشكر كل من أسهم في إنجاز هذه الأطروحة .

## الإهداء

إلى من عبد لي طريق الحياة بالورد و راحة البال إلى مثلي الأعلى إلى والدي العزيز المحامي احمد حسين بني طه شكرا و محبة و عرفانا .

إلى التي أعطت للأمومة معنى , و كانت ملاكا يحرسني دون كلل أو ملل إلى حبيبتي إلي أمي .

## فهرست المحتويات

## ملخص الأطروحة

## مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد . دراسة مقارنة

## مع القانون المصري و القانون الإنجليزي

## THE GOOD FAITH PRINCIPLE In PERFORMING CONTRACTS

## COMPARATIVE STUDY WITH EGYPTION LAW AND ENGLISH LAW

**إعداد**

**يحيي احمد بني طه**

**إشراف**

**الأستاذ الدكتور محمد محاسنه**

تبحث هذه الأطروحة مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود من خلال عقد مقارنة بين القانون المدني الأردني و القانونين المصري و الإنجليزي , للخروج بنتائج تبين موقف كل من هذه القوانين من هذا المبدأ . إن مبدأ حسن النية يرافق العقد في كل مراحله خاصة في مرحلة التنفيذ موضوع هذه الدراسة، فقد أوجب القانون المدني الأردني تنفيذ العقد بكل ما ورد فيه وبكل مستلزماته بطريقة تتفق ومبدأ حسن النية، حيث يجب على الأطراف تنفيذ العقد بحسن نية , وينصرف هذا الالتزام إلى الخلف خاصاً كان أو عاماً وحتى إلى الغير.

إن الهدف من هذه الدراسة هو محاولة وضع أو تحديد الأسس التي يقوم عليها مبدأ حسن النية، لمعرفة معالمه ومدى ارتباطه بغيره من المبادئ القانونية الأخرى. حيث أن توافر هذه الأسس يجعل تطبيقه ذاتياً، دون اللجوء إلى نظم قانونية أخرى، وأن انتفاء أحد هذه الأسس أو كلها يؤدي إلى عدم انطباق هذا المبدأ, وبالنتيجة بيان مدى اتفاق أو اختلاف موقف المشرع الأردني مع المشرع المصري والإنجليزي من ذلك . إن دراسة مبدأ حسن النية وأثره في مرحلة

التنفيذ له أهمية من الناحيتين النظرية والعملية، وسأحاول من خلال هذه الدراسة تكييف النظم القانونية المرتبطة بمبدأ حسن النية، والتي ما هي إلا تطبيق من تطبيقاته، في محاولة للتعرف على المبدأ الحاكم للعقد في أثناء تنفيذه . خاصة وأن الدراسات السابقة وإن تناولت مبدأ حسن النية، فإن منها ما تعرض له بشكل عرضي ومنها ما تعرض له في مرحلة تكوين العقد أو التفاوض بشأنه، دون بحث مرحلة التنفيذ أو بحثه بشكل عام دون أن يخص مرحلة التنفيذ ببحثه أو بحثه في تنفيذ العقد دون بيان علاقته بالنظم القانونية الأخرى ,وهو الذي قد يغني تطبيقه عن تطبيقها . لذا كان من الضروري دراسة هذا المبدأ في تنفيذ العقود كونه لا زال غير واضح المعالم، فلا توجد أسس لتحديده أو لتحديد ارتباطه بالمبادئ القانونية الأخرى، حيث إن الفقه والقضاء يستخدمانه كرديف لنزاهة التعامل والثقة والأمانة، وهو لا يحمل هذا المعنى. وعليه فإن الغرض من هذه الدراسة هو إزالة الغموض الذي يشوب مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد في القانون المدني الأردني , ومعرفة ما إذا كان هذا الغموض يشوب مبدأ حسن النية في ظل القانون المصري أو القانون الإنجليزي . لم يرد في التشريع الأردني أو المصري أو الإنجليزي تعريف لمبدأ حسن النية و قد عرف الفقه حسن النية أنه " النية الصادقة الخالية من الغدر والخداع أو القصد السوي أو الصراحة , فالنية الحسنة تضاد النية السيئة و الغش و الرغبة بالإضرار بالغير , و هذا المبدأ بصورة عامة ذو مفهوم واسع يعبر عن كل إحساس بالأمانة واستقامة الضمير". مثل هذا التعريف لا يرقى إلى الحد الذي يمكن اعتباره فيه محددا لمعنى مبدأ حسن النية تحديدا قانونيا واضحا , لذا فإن من الواجب إيجاد تعريف محدد له , من خلال دراسة أسسه و معرفة وظائفه التي تتمثل في: أولا: انتفاء الغش والتواطؤ , فمبدأ حسن النية هو ضمانة أن لا يقع أحد ضحية للغش أو التواطؤ. ثانيا: عدم التعسف باستعمال الحق ، فمن يستعمل حقه إضراراً بالغير فهو سيئ النية فهناك علاقة مباشرة بين حسن النية كمبدأ عام و بين الامتناع عن التعسف في استعمال الحق. و أخيرا عدم الإخلال بالتوازن التعاقدي وما هذا التوازن إلا تطبيقا لمبدأ حسن النية.أما وظائف مبدأ حسن النية فهي إبقاء المتعاقدين في أثناء تنفيذ العقد ضمن إطار الشرعية و القانون , و حمايتهم من الاحتيال والاستغلال و الكتمان و تقديم بيانات غير صحيحة.

و حيث إن مبدأ حسن النية يعتبر من النظام العام و قد عولج بنصوص آمره , فانه يفرض رقابته على مرحلة تنفيذ العقد من خلال إلزام المتعاقدين به إثناء أدائهم للالتزامات المترتبة في ذمتهم بموجب العقد , ويكون هذا من خلال امتناعهم عن الغش ومراعاة الثقة, والتعاون بينهم بقصد تحقيق المصلحة المشتركة للمتعاقدين والالتزام بتقديم المعلومات اللازمة و الالتزام بالحيطة و التبصر وعدم الإضرار , و التقيد بالالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية كالالتزام بالإعلام

و الاستعلام و التسامح.فإذا انعقد العقد مستوفياً لأركانه وشروطه وكان نافذاً و لازماً وجب على المتعاقدين الوفاء بالتزاماتهم ومستلزماتها وفقاً للقانون والعرف وطبيعة التصرف , وليس لأي طرف أن يرجع عن التنفيذ كما يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق وحسن النية دون غش أو خداع . مع ما يرافق هذا من حل أية مشكلة تتعلق بتنفيذ العقد بتكملته و تفسير العبارات المتعارضة أو المتناقضة , إذ قد يقوم أحد المتعاقدين بتفسير يتناقض أو لا يطابق ما يذهب إليه الطرف الآخر أو يتعارض مع النية المشتركة للمتعاقدين . وهنا على القاضي أن يرفض كل تفسير يُبنى على سوء النية أو الرغبة في التضليل. و الأصل أنه إذا عقد العقد فأنه ليس للقاضي أو لأحد طرفيه تعديل ما ورد فيه من شروط وأحكام , و لكن هناك استثناءات اتفاقية حيث يتفق الأطراف على تعديله مراعيين في ذلك مبدأ حسن النية، وقد يكون التعديل بنص القانون كما هو الحال بالنسبة للظروف الطارئة.إن مبدأ حسن النية يوجب على المتعاقدين الوفاء بما التزموا به بأمانة وإخلاص بشكل يحقق الغاية المقصودة من العقد ووفق ما تقضي به القوة الملزمة , وما ينطبق بالنسبة للمتعاقدين ينطبق بالنسبة للخلف حيث إنهم ملزمون أيضا بالالتزام بحسن النية في تنفيذ العقد . كما يجب على الدائن أن يلتزم بمبدأ حسن النية فلا يلجأ إلى الغش , أو الخداع للإنقاص من الضمان العام للدائنين , كما لو اتفق مع مدينه على تهريب أموال المدين و إنقاص الضمان العام ليستوفي هو دينه دون بقية الدائنين . وقد حمى المشرع الدائن من المظهر الكاذب الذي يصوره المدين أو يشترك في تصويره ليخفي حقيقة قانونية معينة , فلو أبرم المدين عقداً صورياً جاز لدائنه أن يتمسك بالعقد المستتر أو الصوري إذا كان حسن النية.

وإذا كان أثر العقد ينصرف إلى المتعاقدين و خلفهما وبشكل غير مباشر إلى دائنيهما , لكنه لا ينصرف إلى الغير الأجنبي عن العقد ورغم أن الغير لا يضار أو ينتفع من العقود التي يبرمها الآخرون إلا أنه في حال تأثره بالعقد فإن المشرع وفر له الحماية إذا كان حسن النية كالحماية التي وفرها المشرع للنائب ومن تعاقد معه حسني النية عندما يجهلان سبب انقضاء النيابة حيث قرر سريان أثر هذا العقد في حق الأصيل , وكذلك الأمر فان لجوء المدين إلى الاشتراط لمصلحة الغير لتهريب أمواله من الدائنين بقصد الإضرار بهم , يعد من سوء النية .

و قد انتهى الباحث إلى عدة نتائج أهمها : أن مبدأ حسن النية مبدأ عام يراقب تنفيذ المتعاقدين لعقودهم في ظل القوانين الثلاثة المقارنة , و الأخذ به واجب حتى دون حاجه للنص عليه , و ذلك على الرغم من الصبغة المادية للقانون الإنجليزي الذي لا يحفل بالنية كثيرا , حيث انه من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على استبعاد مقتضياته . و لم يعتمد في تحري حسن النية

معيارا واحدا بل اعتمد في ذلك على معيارين ,المعيار الموضوعي الذي ينظر فيه لسلوك الرجل المعتاد والمعيار الذاتي الذي ينظر فيه لسلوك المتعاقد . كما أن الالتزام به لا يقتصر على المتعاقد فقط بل يشمل خلفه العام والخاص و حتى الغير , الأجنبي تماما عن العقد أو الغير الذي اكتسب صفة الغير حماية له من سوء نية المتعاقد .

وتعتمد هذه الدراسة المنهج الاستنباطي وذلك بالرجوع إلى الكتب الفقهية الأردنية والمصرية والإنجليزية , ومقارنتها بأحكام القانون المدني الأردني والقوانين المقارنة وصولاً إلى النتائج المرجوة. كما تعتمد المنهج التطبيقي وذلك بالرجوع إلى القرارات القضائية لمعرفة موقف القضاء الأردني والمصري والإنجليزي من مبدأ حسن النية. و قد قسمت هذه الأطروحة إلى أربعة فصول : الفصل التمهيدي : وقد تناول الأصول التاريخية لمبدأ حسن النية في القانون الروماني و الشريعة الإسلامية و الفصل الأول : بحث مفهوم مبدأ حسن النية و ملازمته للعقد في القانون المقارن و الفصل الثاني : وقد بحث حسن النية في تنفيذ العقد من ناحية الموضوع في القانون المقارن و الفصل الثالث الموسوم: حسن النية في تنفيذ العقد بالنسبة للأشخاص في القانون المقارن .

# Abstract

## The Good Faith Principle In Performing

**Contracts : A Comparative Study With Egyption Law And English Law**

**Prepared by**

**Yahia Ahmad Bani Taha**

**Supervised by**

***Professor : Muhammad Al-Mahasneh***

This thesis studies The Good Faith Principle in performing Contracts through comparing the content of three laws namely ; the civil law in Jordan , Egypt and England . The study aims to reach findings that indicate the position of good faith principle in these laws . This principle goes along with the contract through all its stages specially during performing stage which is the area of study of this thesis . The civil Jordanian law imposes that the contract must be performed as it is agreed through a suitable way with good faith. The parties of the contract should perform it in their good Faith . The successors of the contractors are , also , committed to do so .

This study aims at identifying the foundations that the good faith principle is built on . The study also aims at defining the good faith principle and demonstrates its relationship with the other principles of law . When the foundations are identified , the good faith principle can be implemented automatically without referring to other legal systems .On the contrary , if the foundations are not identified , the good faith principle can not be implemented . As a result , this study tries to clarify the level of agreement or disagreement between The Jordanian lawmaker and the Egyption and English lawmakers . The study of the good faith principle and its impact in the performance stage has a theoretical and practiced importance . The researcher tried to apply the legal systems to the good faith principle. These systems represent one of the good faith principle applications . This is an attempt to explore the ruling principle

of the contract during the performance process. This is necessary because previous literature rarely and accidentally deals with this subject. Previous literature dose not study the performance stage or studys it in particular . It studys the performance of the contract without clarifying the relationship between the good faith principle and other legal systems Consequently , Its seems very necessary to study this principle in performing contracts because it is still unclear in the legislation since there is no basis identifying it or its relationship with other legal systems. Meanwhile, it is used by courts and legislations as an alternative for good treatment, trust and honesty, whereas it does not carry these meanings . Therefore, this study aims at making the good faith principle in the performing stage in the Jordanian civil law clear and discovering if this unclearness is found the in Egyptian and English civil laws . There is no particular definition for the good faith principle in the Jordanian , Egyptian , and English civil laws . But it is defined by the jurisprudence as the honest faith which is clean from treachery and bad will . So , good faith is the opposite of bad faith or cheating and the desire to deceive others . It is generally a wide concept expressing honesty and good willing . This is not an adequate definition that can identify the legal meaning of good faith principle , so it is necessary to have a particular legal definition of the good faith principle . This can be achieved by studying and analyising its foundations and functions which are cited as follows : first , the cleanness from cheating and deceitfulness in this principle is a guarantee to save contractors from deceitfulness, second , the fairness in using rights is a foundation which prevents people from hurting themselves . People who use rights unfairly have bad faith. Finally , This principle enhances contractual balance which is an application of the principle of good faith . In addition, the function of good faith principle is to guide the contractors to perform according to law and legislation and to protect them from cheating, deceitfulness and mispresentation .

Since of principle the good faith is considered to be a part of public order and the legislation , it is postulated to watch the good faith principle in the performing stage through imposing on the contractors to use it during their performance of the commitments cited in the contract. This can be done through honesty, truthfulness , and trust .Also they should collaborate to reach the shared aims and commit themselves to give the required information to achieve the rightness of the contract . They also must fulfill commitments that the good faith principle imposes, such as, pontification , requesting information and tolerance. If the contract has been conducted according to its necessary conditions and provisions , the contractors must complete their commitments according to the law and

common norms. The parties have no right not to do so and it must be performed as it has been agreed before without deceitfulness. The parties must over come any problems that hinder the performance of the contract and they must explain contract items which are in contrast. The misunderstanding of contract items can load to contradicting explanations by the contractors, It may also go against the common faith of the contractors . The Judge , in this case , rejects any explanation based on bad faith or desire to mistaken others . However, the basic rule is that no one can change a statement that has been agreed in the contract . But there are exceptions when the parties agree to amend the contract and according also to the good faith principle . The amendment may be legal according to the current conditions . The good faith principle imposes that contractors be committed to perform the contract with dedication to achieve its aim according to the law . The commitment of the contractors should be fulfilled even if one of the contractors dies , the other party must complete the commitments according to the good faith principle . It is applicable to the creditor . He must reserve the good faith principle which compels him not to cheat or deceive in an attempt to cast doubt on the suitability of the original contract, such as , the agreement between the creditor and debtor to transfer the creditor's money to others falsely . The lawmaker protects the creditor from the debtor's deceitfulness to conceal a legal truth . For example , the creditor has the right to use any contract , even it is untrue , if it has been agreed to in good faith .

The contract includes the contractors' responsible successors but it dose not include others who are not included the contract . If the involved parties' are affected due to referring the commitment of the contract to the contractors' successors , the lawmaker protects the involved parties by applying the good faith principle . This protection is similar to the one given by the lawmaker to the agent and those who contracted with him in the good faith when they don't know the reason for ending their agency . The lawmaker decides to keep the consequences of the contract within the competence of the original contractors . The creditor’s attempting to make other get benefit from the contract through agree to give the creditor’s money to others. is considered as bad faith prevented by the law .

Researcher came up with the followings results : the good faith principle is a general principle which control the contractors performance of their contracts according to the content of three laws compared in this study . The contractors must perform according to the good faith principle even if it is not stated in the contract . On the other hand , the English law is characterized by its materialistic nature and doesn't consider the good

faith principle favorably . The good faith principle is a general principle ,so it can not be avoided in performing contracts. The English law does not depend on good faith in its judgment. It depends on objective criterion in judging the behavior in general , while it depends on the subjective criterion to judge the behavior of contractors. Also, commitment under the contract is not just restricted to the contractors themselves but it also includes the contractors' successors who are in charge of to perform the contract . Others who are not parties of the contract are also protected from the bad faith of the contractors .

This study depends on the deductive method through referring to the Jordanian , Egyption , and English legislature resources . The study compares between the Jordanian law on one hand and the Egyptian and English civil laws on the other hand in attempt to achieve its purpose . The study also uses the implementation Methodology through referring to the judicial decisions to identify the position of the Jordanian , Egyptian , and English courts toward the good faith principle . This thesis is divided into four chapters. The first part is the introduction which includes a preview of previous literature in Roman and Islamic legislations . The first chapter deals with the concept of the good faith principle and its presence in the comparative law. The second chapter deals with the good faith principle in performing the contract in the comparative law . The third chapter deals with the good faith principle in performing the contract and its relationship with the contractors in the comparative laws .

## مشكلة البحث

## The statement of the problem

إن مبدأ حسن النية غير واضح المعالم، فلا توجد أسس لتحديده أو ارتباطه بالمبادئ القانونية الأخرى، حيث إن الفقه والقضاء يستخدمانه كرديف لنزاهة التعامل والثقة والأمانة، وهو لا يحمل هذا المعنى.

وعليه فإن الغرض من هذه الدراسة هو إزالة الغموض الذي يشوب مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد في القانون المدني الأردني ومعرفة فيما إذا كان هذا الغموض يشوب مبدأ حسن النية في ظل القانون المصري والقانون الإنجليزي.

## عناصر مشكلة البحث

## Elements of the problem

إن الغرض من هذه الدراسة هو الإجابة و توضيح التساؤلات التالية:

1- ما هي الأصول التاريخية لمبدأ حسن النية ؟

2- ما هو تعريف مبدأ حسن النية؟

3- ما هي الأسس التي يقوم عليها مبدأ حسن النية؟ وما هي وظائفه؟

-ما الفرق بين مبدأ حسن النية والباعث وبينه وبين الإرادة؟

5- هل يلازم مبدأ حسن النية العقد في مرحلة تنفيذه؟

6- هل يعتبر مبدأ حسن النية من النظام العام؟

7- هل أن المتعاقدين ملزمان بتنفيذ العقد بحسن نية؟

8- ما هي مظاهر سوء النية في تفسير العقد؟

9- هل يمكن للمتعاقدين تعديل العقد؟

10- ما هو مدى التزام المتعاقدين وخلفهم بمبدأ حسن النية؟

11- ما هو مدى التزام الدائن بحسن النية؟

12- ما هو مدى التزام الغير بحسن النية؟

## فرضيات البحث
## Research hypotheses

1- إن فكرة حسن النية فكرة قديمة , لها جذور في التشريعات القديمة و الحديثة على حد سواء . لذا فان الوقوف على مفهوم مبدأ حسن النية يقتضي فهم تطوره التاريخي خاصة في القانون الروماني و الشريعة الإسلامية .

2- لم يرد في التشريع الأردني تعريف لمبدأ حسن النية و قد عرف الفقه حسن النية أنها " النية الصادقة الخالية من الغدر والخداع أو القصد السوي أو الصراحة فالنية الحسنة تضاد النية السيئة و الغش و الرغبة بالإضرار بالغير و هذا المبدأ بصورة عامة ذو مفهوم واسع يعبر عن كل إحساس بالأمانة واستقامة الضمير".

3- إن أسس الأخذ بمبدأ حسن النية تتمثل في أولا: انتفاء الغش والتواطؤ فمبدأ حسن النية هو ضمانة أن لا يقع أحد ضحية للغش أو التواطؤ. ثانيا: عدم التعسف باستعمال الحق ، فمن يستعمل حقه إضراراً بالغير فهو سيئ النية فهناك علاقة مباشرة بين حسن النية كمبدأ عام و بين الامتناع عن التعسف في استعمال الحق. و أخيرا عدم الإخلال بالتوازن التعاقدي وما هذا التوازن إلا تطبيقا لمبدأ حسن النية.

أما وظائف مبدأ حسن النية فهي إبقاء المتعاقدين في أثناء تنفيذ العقد ضمن إطار الشرعية و القانون و حمايتهم من الاحتيال والاستغلال و الكتمان و تقديم بيانات غير صحيحة.

4- يتميز الباعث عن حسن النية, فالباعث هو الغرض المباشر من العقد أو هو الدافع إلى التعاقد بينما حسن النية صفة تخلع على نية المتعاقد فإذا كان الباعث مشروع فهو يتفق مع مبدأ حسن النية فإذا كان الباعث غير مشروع فهو يتعارض مع مبدأ حسن النية.

كما يتميز مبدأ حسن النية عن الإرادة , فالإرادة هي التي تكون العقد فالعقد هو ارتباط إرادة بإرادة أخرى على الوجه الذي يقتضيه القانون أما مبدأ حسن النية فهو مبدأ حاكم للإرادات التي تنشئ العقود ويسعى لإبقاء الإرادة سليمة وغير معيبة حتى انتهاء العقد وتنفيذه.

5-إن مبدأ حسن النية يفرض رقابته على مرحلة تنفيذ العقد من خلال وجوب التزام المتعاقدين به في إثناء أدائهم للالتزامات المترتبة في ذمتهم بموجب العقد ويكون هذا من خلال امتناعهم عن الغش ومراعاة الثقة. والتعاون بينهم بقصد تحقيق المصلحة المشتركة للمتعاقدين والالتزام بتقديم المعلومات اللازمة.

6-إن مبدأ حسن النية يعتبر من النظام العام ذلك إن قواعد النظام العام وضعت لحماية مصلحة عامة قدرها الشارع , وهي ملزمة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها . وهذا ما ينطبق على مبدأ حسن النية حيث لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه فلا يجوز الاتفاق على عدم النزاهة في التعامل مثلاً.

7-إذا انعقد العقد مستوفياً لأركانه وشروطه وكان نافذاً و لازماً وجب على المتعاقدين الوفاء بالتزاماتهم ومستلزماتها وفقاً للقانون والعرف وطبيعة التصرف وليس لأي طرف أن يرجع عن التنفيذ . كما يجب تنفيذ العقد طبقاً لما أشتمل عليه وبطريقة تتفق وحسن النية دون غش أو خداع.

8-إن حل مشكلة تتعلق بتنفيذ العقد يستوجب تفسير العبارات المتعارضة أو المتناقضة إذ قد يقوم أحد المتعاقدين بتفسير يتناقض أو لا يطابق ما يذهب إليه الطرف الآخر هنا على القاضي أن يرفض كل تفسير يُبنى على سوء النية أو الرغبة في التضليل.

9-الأصل أنه إذا عقد العقد فأنه ليس للقاضي أو للقانون أو لأحد طرفيه تعديل ما ورد فيه من شروط وأحكام لكن هناك استثناءات اتفاقية حيث يتفق الأطراف على تعديله مراعين في ذلك مبدأ حسن النية، وقد يكون التعديل بنص القانون كما هو الحال بالنسبة للظروف الطارئة.

10-إن مبدأ حسن النية يوجب على المتعاقدين الوفاء بما التزموا به بأمانة وإخلاص بشكل يحقق الغاية المقصودة من العقد فيلتزم سائق التاكسي بأن يسلك أقصر الطرق وصولاً إلى المكان المقصود وكواجب المهندس أن يمتنع عن تنفيذ البناء فوق تربة لا تصلح وما ينطبق بالنسبة للمتعاقدين ينطبق بالنسبة للخلف حيث إنهم ملزمون أيضا بالالتزام بحسن النية في تنفيذ العقد .

11-إن التزام الدائن بحسن النية يوجب عليه أن لا يلجأ إلى الغش أو الخداع للتشكيك في ملاءة الذمة المالية لمدينه أو للإنقاص من الضمان العام للدائنين كما لو اتفق مع مدينه على تهريب أمواله.

وقد حمى المشرع الدائن من المظهر الكاذب الذي يصوره المدين أو يشترك في تصويره ليخفي حقيقة قانونية معينة فلو أبرم المدين عقداً صورياً جاز لدائنه أن يتمسك بالعقد المستتر أو الصوري إذا كان حسن النية.

12-إذا كان أثر العقد ينصرف إلى المتعاقدين و خلفهما وبشكل غير مباشر إلى دائنيهما لكنه لا ينصرف إلى الغير الأجنبي عن العقد ورغم أن الغير لا يضار أو ينتفع من العقود التي يبرمها الآخرون إلا أنه في حال تأثره بالعقد فإن المشرع وفر له الحماية إذا كان حسن النية كالحماية التي وفرها المشرع للنائب ومن

تعاقد معه حسني النية عندما يجهلان سبب انقضاء النيابة حيث قرر سريان أثر هذا العقد في حق الأصيل وكذلك الأمر لجوء المدين إلى الاشتراط لمصلحة الغير لتهريب أمواله من الدائنين بقصد الإضرار بهم, هذا يدخل في نطاق سوء النية التي حرمها القانون.

## منهج البحث المستخدم
## Research methodology

تعتمد هذه الدراسة المنهج الاستنباطي وذلك بالرجوع إلى الكتب الفقهية الأردنية والمصرية والإنجليزية ومقارنتها بأحكام القانون المدني الأردني والقوانين المقارنة وصولاً إلى النتائج المرجوة.

كما تعتمد المنهج التطبيقي وذلك بالرجوع إلى القرارات القضائية لمعرفة موقف القضاء الأردني والمصري والإنجليزي من مبدأ حسن النية.

## المقدمة

العقد ارتباط ارادتين أو أكثر و توافقهما على إحداث أثر قانوني معين .([1]) و هو أهم أداة لتبادل المنافع في كافة المجالات الحياتية , و أنواعه و تقسيماته متعددة لا تقتصر على التقسيمات الشائعة , بل أن هناك عقودا تظهر باستمرار تبعا لتطور الحياة .([2]) لذلك كان لا بد من وجود قواعد عامه و شامله تحكم هذه العقود في إبرامها و تنفيذها , بحيث تضمن وصول كل متعاقد إلى غايته المشروعة من العقد , و تحارب الغش و التحايل و سوء النية . و حيث إن النية حالة ذهنية خفية تتحرك بدوافع و أغراض متعددة , و لا تدرك إلا بالتعبير عنها و بالسلوك الدال عليها . كان من الضروري وضع قواعد تسمح ببحث النية و البواعث على التصرفات , و ترتيب أثار على حسنها و سوئها . و هنا تظهر أهمية التركيز على مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد , و هي المرحلة التي يصل فيها كل متعاقد إلى غايته من إبرام العقد , فكان اهتمام المشرع الأردني بمبدأ حسن النية هنا أمرا طبيعيا , انطلاقا من حرصه على تحقيق غايات العقد بدون غش أو تحايل أو خداع . إذ على المتعاقد في تنفيذه لالتزامه أن يسلك طريقا مشروعا بحيث لا يتسبب بالضرر لغيره , فلا يلجا إلى الطرق الملتوية أو يقلل احترازه و يهمل في أداء ما وجب عليه وصولا إلى حسن التنفيذ . و قد افترض المشرع أن المتعاقد حسن النية و أن تصرفاته مدفوعة بنية حسنة حتى يثبت العكس . ذلك أن القانون حريص على أن تكون العلاقات العقدية قائمة على الثقة و التعاون و النزاهة و التسامح و التفاهم , خالية من الغش و التعسف و الإضرار , لذلك أوجب على المتعاقد أن يبتعد عن كل ما يسبب الضرر لغيره و أن يؤدي التزامه وفق ما تقضي به القوة الملزمة للعقد .

---

([1]) دواس , أمين (2004) . مصادر الالتزام , الجزء الأول , المصادر الإرادية , العقد و الإرادة المنفردة , الطبعة الأولى , دار الشروق للنشر و التوزيع , رام الله , فلسطين , ص 20 .

([2]) حجازي , عبد الحي (1982) . النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي , دارسة مقارنة , المصادر الإرادية للعقد , المجلد الأول , مطبوعات جامعة الكويت , الكويت , ص 18 .

و حيث إن هذه الدراسة دراسة مقارنة بين كل من القانون المدني الأردني و القانون المدني المصري و القانون الإنجليزي . كان السعي إلى بحث مفهوم مبدأ حسن النية و دوره في تنفيذ العقود من خلال معرفة موقف كل من القوانين المقارنة من هذا المبدأ في مرحلة تنفيذ العقد , و مدى إلزام المتعاقد به في أثناء وفائه بالتزاماته , و معرفة ثمار التقيد بهذا المبدأ و الآثار التي تترتب على مخالفته و عدم التقيد بمقتضياته في ظل القوانين الثلاثة .

مع الإشارة إلى أن الدور الذي يلعبه مبدأ حسن النية في الحياة القانونية يختلف من نظام لأخر . ففي القانون الأردني و القانون المصري حرص المشرع على إبراز دور هذا المبدأ في تنفيذ العقود , و تناوله كمبدأ قانوني عام و شامل لتنفيذ كافة العقود , و الزم به كل متعاقد و كل من يتأثر بالعقد صراحة .[1] على عكس الحال في ظل القانون الإنجليزي الذي يتجنب البحث في النية , فهو لم يأخذ بمبدأ حسن النية صراحة إلا في العقود القائمة على الثقة كعقد التامين حيث استلزم فيها أعلى درجات حسن النية . أما بالنسبة لبقية العقود الرضائية فان الأخذ به كان ضمنيا على اعتبار أن حسن النية واجب مفترض , و هو شرط ضمني في كل عقد حتى انه لا يحتاج للنص عليه . و بالرغم من عدم وضوح و عدم حسم القانون الإنجليزي لموقفه من مبدأ حسن النية صراحة , إلا أن القضاء الإنجليزي عكس المضمون الجوهري لهذا المبدأ , من خلال اعتماده في أحكامه و استلزامه الأمانة و الضمير و اليد النظيفة و النزاهة و العقلانية , و رفض الصفقات غير الأخلاقية و حماية الثقة و بحثه للباعث البعيد غير المباشر ورفضه للغش و الخداع , و اعتماده لمعيار التوقعات المعقولة للناس الشرفاء و ضرورة التمسك بأخلاقيات العقد . حيث إن هذه الأفكار و المعايير ما هي إلا من مقتضيات مبدأ حسن النية , و تعكس مضمونه

---

([1]) المادة (202) من القانون المدني الأردني و المادة (148) من القانون المدني المصري .

نفسه في القوانين اللاتينية .[1] و لضمان حسن التنفيذ فقد اعتبرت القوانين الثلاثة المقارنة التزام المتعاقد بحسن النية من النظام العام و تبنته بنصوص آمره , فكانت النصوص التي تناولت مبدأ حسن النية من النظام العام , لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها أو استبعاد تطبيقها بالاتفاق على ما يخالفها .

و قد تناول المشرع الأردني و المصري مبدأ حسن النية في العديد من النصوص , فمنها ما أكد على ضرورة التقيد بمبدأ حسن النية صراحة , و منها ما أشار إليه ضمنا بإلزام المتعاقد بمقتضياته و مظاهره . فهناك مجموعة من النصوص في القانون المدني الأردني تناولت مبدأ حسن النية صراحة كالمادة (202) و التي أوجبت تنفيذ العقود وفق ما يستوجبه مبدأ حسن النية و هي تتطابق مع المادة (148) من القانون المدني المصري . و هناك نصوص أخرى دلت على وجوب الأخذ بمبدأ حسن النية ضمنا من خلال استلزامها مقتضى من مقتضيات حسن النية , كالنصوص التي تحرم الغش و التعسف و الإضرار بالغير. و هذا ما يتفق عليه القانونان الأردني و المصري , حيث إن الكثير من النصوص المدنية المصرية تتطابق حرفيا أو على الأقل تتفق من حيث النتيجة مع النصوص الأردنية , و هذا إن دل على شئ فانه يدل على وحدة الموقف خاصة من مبدأ حسن النية , و إن ظهر بعض الاختلاف في بعض التفصيلات . فالمادة (202) من القانون الأردني و المادة (148) من القانون المدني المصري متطابقتان حرفيا فكل منهما تتناول مبدأ حسن النية و تجعل منه مبدأ عاما له حق الرقابة على تنفيذ العقود , لإبقاء المتعاقد في حدود القانون و المشروعية و لحمايته من الغش و التعسف و الخداع , ومن ما يعد إخلالا بالتوازن العقدي و من كل ما يعد من سوء النية أثناء تنفيذه لالتزاماته العقدية. و يرتبط مبدأ حسن النية بتنفيذ العقد و بالقوة الملزمة للعقد , والتي تقضي بان على المتعاقد أن ينفذ

---

([1]) انظر الصفحات 79-87 من هذه الأطروحة .

التزامه العقدي طبقا لما أشتمل عليه العقد و بكل ما ورد فيه و بكل مستلزماته بطريقة تتفق و حسن النية , فالتنفيذ لا يكون صحيحا إلا بتوافر شرطين : الأول أن يتم التنفيذ ضمن النطاق المشار إليه , و الثاني أن يتم وفق ما يقضي به مبدأ حسن النية .

لذلك كان على الباحث بيان المقصود بتنفيذ العقد و فق ما يمليه مبدأ حسن النية , و علاقة هذا المبدأ بالقوة الملزمة . و لتحديد المقصود بحسن النية في تنفيذ العقود كان لا بد من الخروج من دائرة المصطلحات و التعابير العامة و الفضفاضة , كالالتزام بالأمانة و الصدق و النزاهة في تنفيذ الالتزامات . فكانت محاولته في تحديد مفهوم الالتزام بحسن النية في تنفيذ العقود من خلال بيان ارتباطه بالقوة الملزمة للعقد , بعد الإشارة للاتجاهات التي حاولت وضع تعريف لمبدأ حسن النية سواء تلك التي لجأت إلى عبارات عامه غير محددة أم تلك التي كانت أكثر تحديدا . إذ إن مبدأ حسن النية يرتبط ارتباطا وثيقا بالقوة الملزمة للعقد , أي القوة التي يلتزم بموجبها المتعاقدين بتنفيذ ما نجم عن العقد من التزامات , فينظر إلى العقد على انه شريعة ملزمة للمتعاقدين يخضعون لإحكامها كخضوعهم للقانون الساري , و المتعاقد في تنفيذه لشريعته الخاصة ملزم بما يفرضه عليه مبدأ حسن النية , بل إن الالتزام بحسن النية في تنفيذ العقد التزام متفرع عن القوة الملزمة للعقد . و هذا الالتزام لا يقتصر على تنفيذ ما ورد بالعقد بل يشمل كل ما هو من مستلزماته وفقا للقانون و العرف و طبيعة التصرف و العدالة , دون تعديل أو انفراد بإيقاف آثاره أو إنهائه إلا بالاتفاق أو التقاضي في الحالات التي أجاز فيها المشرع للقاضي تعديل العقد .

على أن وجوب التقيد بما يفرضه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود لا يقتصر على المتعاقد فقط , بل يشمل الأشخاص الذين يتأثرون بالعقد بطريق غير مباشر . و حيث إن الأصل نسبية أثار العقد , فتقتصر على عاقديه دون غيرهم فلا يتحمل غير المتعاقد التزاما أو يكتسب حقا بموجبه إلا استثناء . حيث يمكن للغير أن يكتسب حقا بموجب ذلك العقد الذي لم يكن طرفا فيه في الحالات التي نص عليها المشرع كما في الاشتراط لمصلحة الغير , و قد يتحمل التزامات استنادا إلى فكرة الوضع الظاهر . كما اعتبر المشرع في الأردن و مصر و إنجلترا بعض الأشخاص الذين يتأثرون بالعقد بشكل غير مباشر أغيارا حماية لهم من سوء نية المتعاقد . و عليه فان الالتزام بحسن النية في أثناء التنفيذ لا يقتصر على المتعاقد , فكما أن المتعاقد ملزم بتنفيذ العقد بحسن نية , فان الخلف العام و الخاص و الدائن و الغير جميعهم ملزمون بما يوجبه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد .

و الخطة التي اتبعتها في بيان مفهوم مبدأ حسن النية و دوره في مرحلة تنفيذ العقود , اشتملت على أربعة فصول : الفصل التمهيدي بحث في التطور التاريخي لمبدأ حسن النية في القانون الروماني و الشريعة الإسلامية , أما الفصل الأول فقد تناول مفهوم مبدأ حسن النية و ملازمته للعقد في القانون المقارن . و الفصل الثاني تناول حسن النية في تنفيذ العقد من ناحية الموضوع في القانون المقارن , أما الفصل الثالث فقد بحث حسن النية في تنفيذ العقد بالنسبة للأشخاص في القانون المقارن .

## الفصل التمهيدي

## التطور التاريخي لمبدأ حسن النية في القانون الروماني والشريعة الإسلامية

إن الهدف من تتبع التطور التاريخي لفكرة حسن النية هو معرفة الأسباب والعوامل الدينية والاجتماعية والاقتصادية التي أدت إلى تطورها وانتشارها، و التعرف على مفهوم حسن النية في العصور القديمة ومفهومه في القوانين الحديثة , ومن ثم ملاحظة تطور نظرة المشرع إلى مبدأ حسن النية ومدى أخذه به على مر العصور[1].وتظهر أهمية هذا التقديم التاريخي من أن تاريخ القانون هو أداة لتفهم القوانين الحديثة والمبادئ القانونية الحالية، ووسيلة نتعرف بها على مقدار الأثر القانوني الذي أحدثته النظم والشرائع القديمة في تكوين النظم والشرائع المعاصرة[2].

وعليه سيقوم الباحث في هذا الفصل بتوضيح موقف كل من القانون الروماني والشريعة الإسلامية من مبدأ حسن النية. فالشريعة الإسلامية قانون عالمي جاء ليكون شاملا للبشرية يتميز بمصدره الإلهي، وهو مصدر من مصادر التشريع في القانون الأردني والمصري. وكذلك فإن القانون الروماني يعد مصدراً تاريخياً لمعظم القوانين الحديثة ومنها القانون الانجليزي. مع ضرورة الإشارة إلى الوضع الذي كان سائداً قبل ظهور الشريعة الإسلامية، وتطور نظرة القانون الروماني إلى دور الإرادة في إنشاء العقد ومبدأ حسن النية. فلا يخفى تأثير القانون الروماني والشريعة الإسلامية على كل من القانون الأردني والمصري و تأثير القانون الروماني والكنسي على القانون الإنجليزي.

---

(1) القاضي، محمد مصباح (1997) . ، مبدأ حسن النيّة في قانون العقوبات دراسة تحليلية لفكرة حسن النيّة في القانون المصري والقانون المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص1.

(2) الترمانيني، عبد السلام (1982) . الوسيط في تاريخ القانون والنظم القانونية، الطبعة الثالثة، منشورات جامعة الكويت، الكويت , ص 11 _ ص12.

و رغم أن مبدأ حسن النية قد ظهر في الشرائع القديمة كشريعة حمورابي التي أخذت بمبدأ القوة القاهرة و مبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق و وجوب التعويض عن الضرر .[1] و كالقانون الإغريقي الذي جعل من الإرادة صاحبة الدور الرئيس في انعقاد العقد و جعل التراضي أساسا للعقد دون حاجه لإجراءات شكلية .[2] إلا أننا سنركز على بحث تاريخ مبدأ حسن النية في القانون الروماني و الشريعة الإسلامية بالذات لتأثيرهما الواضح على نظمنا القانونية , فبلادنا شهدت تعاقب المدنيات والحضارات و منها الرومانية والإسلامية , وفيها ظهرت أقدم الشرائع التي عرفتها المجتمعات البشرية. [3].

وتظهر أهمية معرفة موقف الشريعة الإسلامية من مبدأ حسن النية في أن الشريعة الإسلامية تعتبر مصدراً من مصادر التشريع في القانون المدني الأردني والمصري. فقد أوجب المشرع الأردني الرجوع في فهم النص الأردني وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد الفقه الإسلامي[4]. كما اعتمدت لجنة إعداد مشروع القانون المدني الأردني على مجلة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي بجميع مذاهبه وكافة التشريعات والقوانين المعاصرة المستمدة من الفقه الإسلامي[5]. أما القانون الروماني فيعتبر مصدراً تاريخياً لمعظم قوانين الدول الحديثة فقد انتقلت أحكام القانون الروماني إلى القانون المدني الفرنسي، الذي كان يلعب دور الوسيط بين القانون الروماني وقوانين الدول الحديثة[6].

ولتوضيح ما تقدم فأنني سأقارن موقف القانون الروماني في عصوره الأولى من مبدأ حسن النية حين كان يعتمد الشكلية كأساس لانعقاد العقد, وموقفه من مبدأ حسن النية في

---

([1]) العبودي , عباس (1988 ) . تاريخ القانون , مديرية الكتب , الموصل , العراق , ص 103 .
([2] ) المرصفاوي , فتحي ( 1990) . تاريخ القانون المصري , العصر البلطمي , دار النهضة , القاهرة , مصر , ص 170 .
[3] مغربي، محمود، (1979) . الوجيز في تاريخ القوانين, الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية، بيروت، لبنان، ص6 .
[4] المادة(2-3) من القانون المدني الأردني.
[5] المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ص61.
[6] جعفر، علي (1982) . تاريخ القوانين والشرائع، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية، بيروت، لبنان، ص16.

عصوره المتأخرة , وأخذه بمبدأ حسن النية تبعاً لأخذه بمبدأ الرضائية. وكذلك الحال بالنسبة لموقف الشريعة الإسلامية الذي سيتضح من خلال مقارنة الوضع القانوني الذي كان سائداً قبل ظهور الشريعة الإسلامية، والتغير الجذري الذي جرى بظهورها فيما يتعلق بالأخذ بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود خاصة ومختلف الأوضاع القانونية بصفة عامة. ولهذه الغاية فقد قسمت هذا الفصل إلى مبحثين المبحث الأول : مبدأ حسن النية في القانون الروماني والمبحث الثاني: مبدأ حسن النية في الشريعة الإسلامية.

## المبحث الأول: مبدأ حسن النية في القانون الروماني

لا بد من الإشارة بداية إلى أن البحث في اثر مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود يتوقف على موقف المشرع في أي قانون من اثر ودور الإرادة والباعث في إبرام العقود وتنفيذها. حيث إن مدى اعتداد القانون بالإرادة كأساس لانعقاد العقد , يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمدى الأخذ بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود من عدمه. فإذا اعتبرت الإرادة أساساً للالتزام يبرز دور مبدأ حسن النية. والعكس يكون إذا لم يعتمد تلاقي إرادة المتعاقدين كأساس لانعقاد العقد فإن دور مبدأ حسن النية يضعف و ينعدم. كما أن لهذه الإرادة دوافعها والتي قد تكون مشروعة وقد تكون غير مشروعة ، لذلك فإن موقف القانون من وجوب أن يكون الباعث مشروعاً وصلاحية القاضي في بحث مشروعية هذا الباعث , يترك أثره في اعتماد أو عدم اعتماد مبدأ حسن النية كمبدأ عام يحكم التصرفات القانونية عبر العصور المختلفة. حيث إن دراسة مبدأ حسن النيّة في التصرفات القانونية في الفقهيين الإسلامي والوضعي يقتضي التوفيق بين عاملين : الأول هو مراعاة جانب العدالة الذي يقتضي التعويل على الإرادة الباطنة في التصرفات , والاعتداد بالبواعث المحركة لها مهما كانت بعيدة وغير مباشرة. وثانيهما هو مراعاة جانب استقرار التعامل الذي يقتضي التعويل على الإرادة الظاهرة في التصرفات القانونية , وغض الطرف عن البواعث البعيدة وغير المباشرة[1].

و ما كان يميز العقد في القوانين القديمة انه لا يعتبر معقوداً إلا إذا اقترن بشكليات ، تقوم على صيغ معينة وحركات مخصوصة وتجرى على مشهد من الجماعة. فإذا لم تراع فليس

---

(1) القاضي، محمد مصباح، مرجع سابق، ص2- ص3.

هناك عقد ولا التزام ,[1] "و إنما هو مجرد اتفاق لا يحميه القانون ولا تسمع به الدعوى".[2] فلم يكن العقد ينشأ من تبادل إرادتين , و لم تكن الملكية تنتقل من شخص لأخر باتفاقهما المجرد، فلم يكن هناك مجال لظهور مبدأ الرضائية ومبدأ حسن النية.[3] وهذا ما كان عليه حال القانون الروماني في عصوره الأولى , و هو الذي مر بعدة عصور تغيرت فيها نظرته إلى مبدأ حسن النيّة. وقد قسم فقهاء القانون الروماني مراحل تطور هذا القانون إلى ثلاثة عصور: العصر الأول : عصر القانون الروماني القديم الذي يبدأ بتأسيس روما عام (754) قبل الميلاد وينتهي في منتصف القرن الثاني قبل الميلاد. والعصر الثاني هو العصر العلمي الذي يبدأ بصدور قانون ايبوتيا وعصر ازدهار القانون الروماني حيث تحرر القانون من نظام دعاوى القانون الشكلي. أما العصر الثالث عصر الإمبراطورية السفلى , والذي بدأ بحكم الإمبراطور دقلديانوس في عام (284) ميلادية والذي انتهى بحكم جستنيان (565) ميلادية , وهذا العصر يعتبر عصر تجميع القانون الروماني , حيث قام الإمبراطور جستنيان بإصدار مدونه جمع فيها فقه الرومان وسماها باسمه[4].

وقد عرف القانون الروماني مبدأ حسن النيّة. فمن تتبع تطور نظرة القانون الروماني للالتزام ودور الإرادة في إنشائه وتنفيذه، يلاحظ أنه في مراحله الأولى كان قانوناً قائماً على الشكلية فلا دور للإرادة في إنشاء الالتزام بل كان أساس الالتزام هو القالب الشكلي الذي يصب فيه. واستشهد بما نصت عليه موسوعة جستنيان أنه لا ينشأ عن الاتفاق المجرد أي دعوى , وسبب ذلك شكلية النظم التي كانت سائدة[5]. فلم يكن هناك واجب للالتزام بحسن النية أو الابتعاد عن الغش أو الإكراه أو أن يكون الباعث مشروعاً أو غيرها من مظاهر سوء النية، ما

---

(1) ترمانيني , مرجع سابق ,ص 187 .
(2) حجازي , عبد الحي , النظرية العامة للالتزام , مرجع سابق , ص 39 .
(3) الترمانيني، مرجع سابق، ص187.
(4) القوني، مرجع سابق، ص13.
(5) العبودي، عباس، مرجع سابق، ص170.

دام العقد قد استوفى الشكلية المطلوبة ثم تغيرت نظرته وأصبحت الإرادة أساس الالتزام، وظهرت العقود الرضائية التي تنعقد بمجرد توافق الإرادتين , وما استتبع ذلك من ظهور لمبدأ حسن النية ولكن كل هذا لم يكن إلا على سبيل الاستثناء وظلت القاعدة هي وجوب مراعاة الشكلية في غير العقود الرضائية[1].

فقد كان الالتزام في ظل القانون الروماني القديم سلطة للدائن على جسم المدين لا على ماله، ففي هذه الفترة لم تكن هناك فكرة عامة ومجردة للالتزام[2]. حيث كان القانون في عهد الألواح الاثني عشر يبيح للدائن الحق في الاستيلاء على شخص المدين. فإذا عجز الأخير أو امتنع عن الوفاء بدينه، كان لدائنه ومن غير حاجة إلى استصدار حكم من القاضي بالدين أن يسترقه أو أن يستولي على ماله أو يبيعه وفاء لدينه أو يقتله جزاء على حرمانه من حقه. وإذا تعدد الدائنون كان لهم الحق في اقتسام أشلاء المدين بعد قتله[3].

ففي البداية كان لا بد لصحة التصرفات القانونية في روما من إجراءات شكلية وبدونها لا يمكن أن تنشأ أو تحدث أثرها، فلم تكن الشكلية مجرد صورة للتعبير عن الإرادة بل هي العنصر الوحيد الذي يهتم به القانون ويرتب عليه الأثر[4].حيث لم تكن نشأة الالتزام العقدي تعود إلى ما للإرادة ذاتها من قدرة على خلق الالتزام , بقدر ما يرجع إلى ما تحمله الحركات والإشارات والألفاظ الشكلية من مدلول. وبالرغم من أن الشكلية من شأنها حمل المتعاقد على التروي قبل الإقدام على التعاقد بالإضافة إلى تحديد وقت تمام العقد بتمام الشكل، غير أنه كان من شأنها عرقلة المعاملات لما تستلزمه من حضور الطرفين لا تمام العقد، وتقيدها بألفاظ العقد دون النظر

[1] فوده، عبد الحميد (1990) . مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، ص119.
[2] العبودي، مرجع سابق، ص39.
[3] مغربي، محمود(1979) . الوجيز في تاريخ القوانين، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية، بيروت، لبنان، ص55.
[4] الترمانيني، مر جع سابق، ص187.

إلى نية المتعاقدين. ومما لا شك فيه أن مثل هذا النظام كان متفقاً مع حالة المعاملات في العصور الأولى للقانون الروماني[1].

فقد اعتقد الرومان في عصورهم الأولى أن الشكلية هي العنصر الوحيد لصحة العقد دون أخذ الإرادة بعين الاعتبار، فكان الغش والإكراه لا يشكلان خللاً يصيب العقد، فلم يكن يعتد بالإكراه إلا إذا وقع الأذى فعلاً. والواقع أن ندرة التصرفات القانونية من ناحية وما يحيط بها من علانية من ناحية أخرى وصرامة الأخلاق من ناحية ثالثة، كانت عوامل تحول دون توفر الغش والإكراه. غير أن اتساع التصرفات القانونية واتجاهها إلى التجرد من الأخلاق , ساعد على ظهور الغش في التصرفات[2]. وبالرغم من ذلك كان التصرف صحيحاً ينتج أثاره حتى لو كان قائماً على الغش أو الإكراه أو الاحتيال , لان العبرة في نفاذ العقود للمراسيم والشكلية وليس للرضا وحسن النية[3]. كما لم يتضمن القانون الروماني في عصوره الأولى نصاً يعاقب على الغش , وكانت محاولة المتعاقد الاستفادة من ذكائه ومهارته في التعامل واستغلال جهل المتعاقد الآخر وقلة خبرته , والمبالغة في تقدير قيمة الشيء والتهويل في بيان أوصافه والكذب في التعامل أمر مشروع ومباح , واعتبره الرومان ضرباً من ضروب المهارة[4].

كما ظهرت أثار التمسك بالشكلية على مستوى تفسير النصوص والتصرفات القانونية, فقد كان الرومان يعتمدون على حرفية النص دون البحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين ,

(1) عبد العال، عكاشة والمجذوب، طارق (2002) . تاريخ النظم القانونية والاجتماعية،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص512-513.
(2) عبد العال والمجذوب، مرجع سابق، ص542- ص544 .
(3) مغربي، محمود، الوجيز في تاريخ القوانين، مرجع سابق، ص257.
(4) السروي، محمد(2004) . الغش في المعاملات المدنية، دراسة مقارنة في القانون المدني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، المنصورة، مصر، ص4-6.

فكانت العبرة بالألفاظ والمباني دون المقاصد والمعاني[1]. الأمر الذي يؤكد عدم أخذ الرومان بمبدأ حسن النية في ذلك الوقت.

إلا أنه وتأثراً بالقانون الطبيعي ومبادئ العدالة والظروف الاقتصادية والاجتماعية واتساع التجارة الخارجية والاختلاط بالشعوب الأخرى والفلسفة اليونانية، تغيرت رؤية المشرع الروماني فيما يتعلق بشكلية التصرفات والتي بدأت تزول تدريجياً.

ففي العصر العلمي الذي بدأ في منتصف القرن الثاني قبل الميلاد تطور المجتمع الروماني بسبب تغير ظروفه الاقتصادية والاجتماعية، واتصاله بشعوب وثقافات أجنبية وخاصة أثر الحروب البونية بين روما وقرطاجه , وقد أدى ذلك إلى اعتراف القانون الروماني ببعض التصرفات القانونية غير الشكلية ولكنها ليست رضائية تماماً، ويطلق عليها اسم التصرفات العينية , ومن أهمها القرض وفيها لا يشترط القانون إجراءات شكلية لنشوء الالتزامات,بل يشترط فقط تسليم الشيء الذي يرد عليه التصرف[2].

ويعود الفضل في تراجع الشكلية إلى قانون الشعوب أي القانون الذي يحكم علاقات الرومان بالأجانب. إذ اضطر البريتور (الحاكم القضائي) إلى إنشاء وخلق قواعد قانونية جديدة لعدم وجود نصوص يسير عليها، ففي علاقات الرومان بالأجانب لا مجال لتطبيق قواعد القانون المدني لاقتصار تطبيقه على الرومان وحدهم. لذلك أخذ البريتور في اقتباس قواعد ونظم قانونية جديدة خالية من الشكلية، تتلاءم وحاجات التجارة. ومع الزمن أخذت النظم القانونية الرومانية نفسها تستفيد من الأوضاع القانونية الجديدة التي تخلو من الشكلية، ومن أهم هذه النظم العقود الرضائية القائمة على حسن النيّة[3]. و قد اعتمد فقهاء الرومان بشكل خاص في بناء و

---

[1] جعفر، علي، تاريخ القوانين والشرائع، مرجع سابق، ص147.
[2] الترمانيني، مرجع سابق، ص188.
[3] مغربي، محمود، الوجيز في تاريخ القوانين، مرجع سابق، ص92.

استنباط هذه النظم القانونية على المبادئ الفلسفية الإغريقية كالعدالة و حسن النية و الأمانة و الثقة .[1]

إذ أنه بتطور حياة الرومان وظهور المعدن ثم النقد واختلاطهم بالأجانب , تنوع العمل وتنوعت العقود التي قسمت إلى أربعة أنواع العقود العينية واللفظية والرضائية والكتابية. ولما كانت هذه العقود مؤيدة بدعوى نص عليها قانون الألواح ألاثني عشر, فقد دعيت بالدعاوى القانونية. ويرتبط الالتزام بها بتوافر الشكل باستثناء العقود الرضائية والتي استثنيت من الأحكام الشكلية , لذلك اشترط فيها توافر حسن النية وسلامة الإرادة من العيوب فكانت الدعاوى التي تؤيدها تدعى بدعاوى حسن النية[2]. ومنشأ هذه العقود الرضائية هو قانون الشعوب وهذه العقود هي البيع والإيجار والوكالة والشركة[3].

إلا أن الخروج على قاعدة الشكلية ظل محدوداً فكان فقط بالنسبة لبعض العقود كثيرة التداول[4]. إذ لم يكن هذا التطور كافياً لمعالجة الحاجات العملية في العقود التي كثر تداولها في التعامل، فالشكلية على تقلصها ما زالت تستلزم حضور الطرفين وتبادل الحوار اللفظي مما استدعى استثناء بعض العقود التي يكفي لانعقادها وتنفيذها مجرد التراضي[5]. ويكفي حضور ممثلين عن المتعاقدين مع بقاء عقود شكلية تستلزم لانعقادها شكلا معينا , كالعقود العينية التي يتولد فيها الالتزام لا من مجرد الاتفاق إنما من واقعة مادية معينة وهي تسليم الشيء محل التعاقد. ويفترض في هذه العقود وجود شخصين أحدهما يقوم بتسليم الشيء فيكون دائناً به أو بمثله , والآخر بتسلمه فيكون مديناً برده أو برد شيء آخر مماثل له. وقد عرف القانون الروماني

---

([1]) أبو طالب , صوفي (1986) . تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية , مطبعة جامعة القاهرة , دار النهضة العربية , القاهرة , مصر , ص 271 .

([2]) العبودي، عباس، مرجع سابق، ص 170- ص176.

([3]) د. جعفر، علي (1996) . ، تاريخ القانون والفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، لبنان، ص95.

([4]) عبد العال والمجذوب، مرجع سابق، ص513.

([5]) الترمانيني، مرجع سابق، ص188.

أربعة عقود عينية هي القرض وهذا لا يعتبر من عقود حسن النيّة لأنه كان يرتب نقل ملكية الشيء المقترض إلى المقترض. أما عقود عارية الاستعمال والائتمان والوديعة والرهن فهي من عقود حسن النيّة لا يترتب عليها سوى نقل حيازة الشيء المعار أو المودع أو المرهون إلى المستفيد أو المودع لديه أو الدائن المرتهن . أما العقود الرضائية أي التي تتم بمجرد التراضي بين طرفيها دون حاجة لإجراء شكلي أو مادي أخر , فإنها تتفق بقيامها على فكرة التراضي وحدها وفي إمكان انعقادها بين غائبين، وبأنها من عقود حسن النيّة فيقوم الالتزام بها على قواعد العدالة والأخذ بمبدأ حسن النيّة، مما جعل للقاضي سلطة تقديرية واسعة تمكنه من تحديد ما يجب على كل من الطرفين وفقاً لقواعد العدالة [1].

حيث تميزت هذه العقود عن العقود الرسمية بأنها تنعقد بمجرد الاتفاق وبتسليم العين في العقود العينية. كما كان لا بد من وصف العقد بأنه تبادلي لكي يخضع في تنفيذه لمبدأ حسن النيّة, إذ أن العقود الملزمة لجانب واحد كانت تعتبر حرفية التنفيذ. وكان لا مناص من وصف عقد الوديعة بأنه عقد ملزم لجانبين غير تام بينما هو عقد ملزم لجانب واحد أصلاً وهو المدين, ولكن إضفاء هذه الصفة عليه لم يكن القصد منه سوى إخضاعه لمبدأ حسن النيّة , بقصد إجبار المودع على تعويض المودع عنده إذا أصابه ضرر من الشيء المودع عنده أو في حالة إنفاقه على الشيء مصروفات ضرورية. كما أنه في العقود الرضائية يكون للقاضي حرية التقدير عند الفصل في عقود حسن النية , فهو يفسر الالتزامات الناشئة عنها بما يقتضيه حسن النية والشرف في المعاملات ويتقيد بنية المتعاقدين المشتركة , والعبرة في التفسير للمقاصد والمعاني , وتفسير العقود لصالح المدين , وعبارات العقد تفهم على معناها وقت وضعها على العكس من

---

[1] عبد العال والمجذوب، مرجع سابق، ص518 _ص 522.

العقود الرسمية .(1) كما اعتمد القانون الروماني المعيارين الذاتي والموضوعي لتقدير حسن النية في تنفيذ العقود. فلم يكن المتعاقد في العقود الحرفية التنفيذ مسؤولاً إلا عن خطئه العمد , إلا أنه في عقود حسن النية كان يسأل عن خطئه العمد وغير العمد مثال ذلك" إذا باع شخص عبداً بعقد خاضع للقانون الحرفي التنفيذ فإنه لا يكون مسؤولاً إلا إذا تعمد قتله أو إعتاقه فأدى ذلك إلى استحالة تنفيذ التزامه , أما إذا لم يرتكب خطأ عمدياً بل أهمل العناية بالعبد فتسبب بذلك في موته فلا يكون مسؤولاً في هذه الحالة , وإن كان يجوز أن يسأل بدعوى غير عقدية هي دعوى الغش إذا ثبت أن الإهمال كان منطوياً على قصد الأضرار بالدائن. وخلاف هذه الحالة إذا كان عقد البيع من عقود حسن النية فإن بائع العبد كان يسأل إذا ما أهمل العناية بالعبد بحيث أدى الإهمال إلى موت العبد , ذلك أن القضاء كان يلزم المدين في هذه العقود بالامتناع عن أي خطأ سواء أكان خطأ عمداّ أم خطأ إهمال يؤدي إلى هلاك الشيء موضوع العقد .(2)

فقد لعبت فكرة العدالة دوراً مهماً في تطوير أحكام القانون , وعلى أساسها صاغ البريتور قانون الشعوب الذي أثر بدوره في القانون المدني. وقد استعان الفقهاء بفكرة العدالة لتفسير وتطبيق القواعد القانونية، ومن آثار تطبيق مبادئ العدالة تخفيف آثار بعض النظم القانونية. فبعد أن كانت التصرفات القانونية لا تنتج آثارها إلا إذا أفرغت في قالب شكلي معين, أصبحت هذه التصرفات تنتج آثارها القانونية ولو لم تراع الإجراءات الشكلية , وذلك وفق مبدأ حسن النية والذي يعتبر من أهم تطبيقات فكرة العدالة. وعلى هذا الأساس ألغيت بعض التصرفات القانونية ذات الطابع الشكلي كعقد القرض الرسمي(3).

---

(1) الملا صالح، عبد الجبار ناجي (1973) مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير منشورة في القانون الخاص، الطبعة الأولى، مطبعة اليرموك، جامعة بغداد، العراق، ص 12- ص13.
(2) الملا صالح، عبد الجبار، نفس المرجع السابق، ص24.
(3) جعفر، علي، تاريخ القوانين والشرائع، مرجع سابق، ص147.

ولغايات وضع حد للغش والتدليس والإكراه , أخذ البريتور يسمح للمدين أن يرفع الدعوى بهذه العيوب. ومن هنا برز عنصر السبب في العقد فإن كان العقد لا يقوم على سبب مشروع, بأنه أنعقد بالإكراه أو التدليس أو الغش كان للقاضي أن يبطل العقد. لأن العقد لا يجوز أن ينعقد إلا على أساس من حسن النيّة، ثم أصبحت الدعوى التي يمنحها البريتور للمدعى عليه ليدفع الدعوى بأحد العيوب المبطلة للعقد تدعى بدعوى حسن النيّة. وهي دعوى بريتورية أي أنها ابتداع البريتور ليحمي بها الجانب المضرور في العقد من العيوب التي تفسده[1].كما وظهرت قوانين رومانية قررت أن التصرف يقع باطلاً إذا كان سببه غير مشروع أو غير موجود , ومثال ذلك قانون إيليا سينيتا الذي نص على بطلان العتق الذي يباشر بقصد الغش والإضرار بحقوق الدائنين.[2]

وظهر الاعتداد بنية الإفراد بإجبارهم على احترام ما تعهدوا به , والتحرر من الألفاظ التقليدية والتعبير عنها بالطريقة التي يشاؤون , وتضمين العقد شرط عدم استعمال المهارة غير الشريفة . فقد تغيرت نظرة الرومان إلى وسائل الخداع فلم يعودوا ينظرون إليها على أنها عمل من إعمال المهارة , بل على أنها منافية للأخلاق ولا يصح أن تصدر عن الناس الشرفاء ووجوب الإخلاص في العلاقات القانونية , وما كان هذا ليكون إلا تأثراً بمبادئ العدالة وحسن النيّة . حيث أن الدور الخلاق للعدالة تجلى في دنيا المعاملات فقد جاءت كفكرة رائدة لتحكم العلاقات بمنطق الشرف والثقة والأمانة , إذ أنها تهدف إلى تحقيق المساواة بين الناس وإقامة التعادل بين ما يأخذون وما يعطون. وقد عبر الفقيه (أو لبيان) عن صدى هذه الأفكار بقوله : بأنه يجب على الإنسان أن يعيش بأمانة و ألا يضر أحداً وأن يعطي كل ذي حق حقه , حيث أن القواعد

---

(1) الترمانيني، مرجع سابق، ص384.

(2) الحنفاوي، عبد المجيد (1990). تاريخ القانون مع دراسات في نظرية الحق والقانون في القانون الروماني، (لان)، الإسكندرية،مصر، ص139.

التـي تحكم العقود تنبـع كلها مـن فكرتـي حسن النيـة والعدالـة , فالثقـة والعدالـة تقتضـيان أن ينفذ الشخص ما تعهد به.[1]

وكذلك الحـال بالنسبة لتفسير النصوص والتصـرفات القانونيـة فلم يعد الرومـان يعتمدون على حرفية النصوص كما كان الوضع في السابق. بل لجؤوا إلى التفسير المنطقي والبحث عن الإرادة الحقيقية للأطراف , بحيث أصبحت العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني وترتب علـى هذا اتسـاع سلطة القضـاء فـي تفسير الاتفاقـات , وأصـبح للمتضـرر أن يطالـب المتسبب بالضرر بالتعويض عما أصابه من ضرر[2]. ويعزي الأستاذ ستيف ظهور مبدأ حسن النيّة في القانون الروماني إلى التحولات الاجتماعية التي انطوت على التدني الخلقي , ويقول أن الحقوق الرومانية هي أوضح مظهر للانتقال من الحقوق الأبويـة إلى الحقوق المدنيـة , فقد تحرر الفرد من قيود التضامن العائلي ونشأت علاقات حقوقية بينه وبين أفراد كثيرين لا يعرفهم ولا يحوزون الثقة التي يفترض وجودها بين أفراد العائلة الواحدة , الأمر الذي أدى لجعل الحقوق أداة إجحـاف فـي أيـدي الحـاذقين . ولمـا تعددت الأوامـر الحقوقيـة المتنوعـة ظهـرت فكرة حسن النيّـة واحترام العقود والعهود[3].

كمـا وجد فـي القانون الرومـاني دعوى غش الـدائنين والـدعوى البولصـية، وهذه الـدعوى تتحقق في حال قيام المدين بتصرفات تؤدي إلـى إعساره أو تزيد من هذا الإعسار. وهـي ترفـع علـى المـدين كمـا ترفـع علـى كـل مـن تعـاملوا مـع المـدين، وذلـك بقصـد حرمـانهم مـن نتيجـة التصرفات التي أبرموها مع المدين أضراراً بالدائن[4]. ومما يدل أيضاً على أخذ القانون الرومـاني بمبدأ حسن النيّة في العصور المتأخرة أنه اشترط للتملك بالتقادم بالإضـافة إلـى أن يكون المـال

---

(1) فوده، عبد الحميد، مرجع سابق، ص 162- ص164.
(2) جعفر علي، تاريخ القوانين، مرجع سابق، ص147.
(3) الملا صالح، عبد الجبار، مرجع سابق، ص10.
(4) العبودي، عباس، ص185.

قابلاً للتملك بالتقادم ومرور المدة القانونية والسبب الصحيح أي التصرف القانوني أو الواقعة القانونية , اشترط حسن النيّة أي أن يتوافر لدى واضع اليد حسن النيّة أي اعتقاد واضع اليد أن الشخص الذي نقل إليه الشيء هو مالكه أو له حق التصرف فيه. فحسن النيّة يفترض وقوع واضع اليد بغلط في شخص المالك أو المتصرف, وحسن النيّة هنا مفترض وعلى من يدعي سوء نيّة واضع اليد إثبات ذلك[1].

مما سبق نجد من تتبع تطور القانون الروماني أنه رغم استمرار الشكلية إلا أنه استعان في سبيل تطويره بأفكار العدالة والخير وحسن النيّة , وما إيراد هذه الأفكار على وجه الاجتماع كوسيلة تطوير إلا دليل ارتباطها ارتباط مفهوم وارتباط تطبيق. بل أن العدالة حين اهتدى إليها الفقهاء كوسيلة اتخذوها أساساً لتفسير القواعد القانونية , وقد اتخذت في مفهومها معاني أخلاقية محضة وبنوا عليها كثيراً من الأفكار والمبادئ القانونية وأهمها مبدأ حسن النية[2].

وقد استمرت الشكلية قائمة في العصور الوسطى على صورة صيغ دينية. وفي القرن الثاني عشر للميلاد أخذت الإرادة في الظهور ثم أخذ سلطانها يقوى تدريجياً , حتى انتصرت في القرن السابع عشر بإعلان استقلالها في إنشاء التصرفات وأحداث أثرها، وفي القرن الثامن عشر تقرر هذا المبدأ وأصبح الركن الأساسي في تكوين العقد[3].

كما كان للديانة المسيحية أثر في القانون الروماني، وفي تطور كثير من نظمه وقواعده القانونية على أسس خلقية، ولا سيما في تحطيم الحواجز التي كانت تفصل بين القانون والأخلاق عند الرومان , وظهر هذا التأثير في مختلف المجالات خاصة في نطاق الالتزامات والعقود. فظهر أثر الديانة المسيحية بوجه خاص على فكرة الثمن العادل في عقود البيع (أي فكرة الغبن)

---

(1) عبد العال والمجذوب، مرجع سابق، ص447- ص450.
(2) بدوي، السيد، مرجع سابق، ص10.
(3) الترمانيني، مرجع سابق، ص189.

, وهذه القاعدة لعبت دوراً كبيراً في القانون الكنسي في العصور الوسطى حيث كان يجوز للشخص الذي أصابه غبن في العقد , أن يطالب بفسخه بسبب الغبن الذي لحق به[1]. فقد تأثر رجال الكنيسة بالمذاهب الفلسفية وخاصة فيما يتعلق بالأخلاق واقتبسوا ما وضعوه من قواعد القانون الطبيعي , وكانت أيضاً تعاليم السيد المسيح الأخلاقية هي التي تلهمهم جميع ما صاغوا من قواعد القانون الكنسي[2] . ويقصد بالقانون الكنسي القانون الديني الذي أخذت به الكنيسة الغربية في العصور الوسطى , حيث صارت الكنيسة قوة عالمية تجاوزت حدودها كافة الحدود السياسية , وتمتعت بكل ما للدولة من مقومات تشريعية وتنفيذية وقضائية[3].

وقد بدأ التدرج للتخلص من الشكلية من القاعدة التي قررتها الكنيسة وهي أن كل اتفاق ملزم تصح فيه الدعوى ولو لم يفرغ في شكل مخصوص، غير أن هذه القاعدة لم تنشأ من اعتقاد الكنيسة بحرية الإرادة الإنسانية , و إنما نشأت للتوفيق بين الإيمان وحرية التعاقد. فالعقد في نظر الكنيسة وعد يجب الوفاء به ولو كان مجرداً عن الشكل , لأنه عهد يربط الإنسان بربه ونقضه خطيئة تفسد علاقة الإنسان بالله. ومن جهة أخرى فإن حرية التعاقد لا يجوز أن تخل بتوازن العقد لأن الإخلال به يؤدي إلى ظلم المدين , فتكون الرابطة العقدية رابطة جور من حيث يجب أن تكون رابطة عدالة[4]. وقد كانت المسيحية ترى في تنفيذ الالتزام أداء لعمل مقدس , وكان الوعد التعاقدي يجري تحت تأثير شعور ديني عميق لم يكن يمنح المدين أدنى فرصة للتفكير في النكول عن وعده أو الغش في طريقة إنجازه . فكان الوعد بحسب اعتقادهم رهن المدين لعقيدته المسيحية لدى الكاهن المشرف على عملية التعاقد, ويترتب على إخلال المدين

---

(1) مغربي، محمود، مرجع سابق، ص176.
(2) الملا صالح، عبد الجبار، مرجع سابق، ص14.
(3) القوني، عبد الحليم، مرجع سابق، ص21.
(4) الترمانيني، مرجع سابق، ص189.

بمـا تعهـد بـه خسـرانه لعقيدتـه فـي حالـة عـدم إيفائـه بوعـده, و بالتـالي سيخسـر سـعادته الأخروية لانـه أخل بالتزامـه المقدس [1]. وفي بداية القرن بدأ تـأثير القانون الكنسي فـي العقود حيث ربط الأعمال بالنيات، وأوجب علـى المتعاقد أن تتفق نواياه مـع أحكام الدين وكان لهذا التوجه أثره على القانون بصفة عامة، وعلى فكرة الإرادة ودورها في التصرفات بصفة خاصة حيث اعتبر الإخلال بالتزام عقدي إخلالا بالتزام ديني. وقد ازدهرت الرضائية في ظل القانون الكنسي إلا أنها رضائية قائمة على أساس الدين والأخلاق , حيث أن التزام الفرد بتعهده يرجع إلى حلف قسم في أثناء تعهده، إذ لم يكن التعهد كافياً لترتيب آثار قانونية إلا إذا اقترن بقسم[2]. فالكنيسة وإن كانت قد جردت العقد من الشكلية وجعلت الإرادة شرطاً في إبرام العقد ونشوء الالتزام، غير أن مصدر الإرادة عندها ليست إرادة المتعاقد بل إرادة الله ومنها يستمد العقد قوته الملزمة. ولما ظهر المبدأ الإنساني في عصر النهضة ظهر مبدأ سلطان الإرادة واستقلال إرادة الإنسان وأنه يستمد القوة منها في كل ما يلتزم به[3]. فأصبحت المبادئ القانونية تقوم على العدالة و حسن النية و احترام الإرادة في التصرفات القانونية ,[4] وارتبطت بالغرض الذي ترقى إليه. وقد أوجب القانون الكنسي الوفاء بالتعهدات , والتعادل في الالتزامات وحرم الغبن والغش والغرر، وأجاز تعديل الالتزام بسبب تغير الظروف، ووجوب أن يكون الباعث على التصرفات مشروعاً فلا يجوز أن تتجه إرادة الأطراف إلى تحقيق أغراض دنيئة، وهذه المبادئ جميعها يحتويها مبدأ حسن النيّة في تكوين العقود وتنفيذها. و هذا عين ما تضمنه القانون الفرنسي الجديد الذي تأثر بالفقه الكنسي , فأصبح الاتفاق بموجبه يرتب آثاراً ملزمة. وأرسيت فكرة

---

(1) الملا صالح، عبد الجبار، مرجع سابق، ص14.
(2) القوني، عبد الحليم، (2004) . حسن النيّة وأثره في التصرفات , ص21- ص23.
(3). الترمانيني، مرجع سابق، ص 190
(4) نداوي , ادم و حافظ , هاشم (1989 ) . تاريخ القانون , وزارة التعليم و البحث العلمي , جامعة بغداد , كلية القانون , بغداد , العراق , ص 106 .

البواعث والنيات في التصرفات القانونية، في سبيل محاربة الغش والغايات غير المشروعة , فظهر مبدأ حسن النيّة في التصرفات القانونية[1].

ففي القرن السابع عشر تجسد هذا المبدأ , وتأسست القاعدة الفقهية التي تقول"أن تلاقي الإرادتين كاف لإبرام العقد" ثم تعممت القاعدة أي أن الالتزام ينشأ بمجرد التراضي. وحين قامت الثورة الفرنسية عام (1789) تلقت هذه القاعدة كأساس من أسس الحرية، ثم أخذت مكانها في تشريع نابليون الذي نص على "أن الاتفاقات التي تتم وفق القانون تقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديها". وقد اقتبست القوانين العربية هذه القاعدة وأثبتتها في قوانينها، على أن استقلال الإرادة لا يعني أنها طليقة دون قيد , فالإرادة مقيدة بقيد هام هو المصلحة العامة وهو ما يعبر عنه بالنظام العام والآداب الحسنة[2].

وكما أثمرت مبادئ العدالة في القانون الروماني بأن تخلص الرومان من الشكلية والمراسيم في إجراء التصرفات القانونية، وحل محلها وجوب توافر الرضا وحسن النيّة في التعاقد[3]. فقد تركت مبادئ العدالة أثرها في القانون الإنجليزي بوصفها مبادئ تهدف إلى إعطاء كل ذي حق حقه ولتحكم العلاقات بين أفراد المجتمع، وتحقيق المساواة والقضاء على الغش والخداع وتعويض الأفراد عما يلحقهم من ضرر من جراء تصرفات الغير[4]. فرغم استقلال القانون الإنجليزي في مقوماته ومنابعه الأصلية , فقد تأثر بالقانون الروماني مباشرة وبالوساطة منذ القرون الوسطى , فقد لاحظ البرفسور بكلاند مشابهة عجيبة بين عدد غير قليل من مبادئ العدالة الإنجليزية ومثيلاتها في القانون الروماني[5].

[1] القوني، عبد الحليم، مرجع سابق، ص24- ص25.
[2] الترمانيني، مرجع سابق،ص 190- ص191.
[3] مغربي، محمود، مرجع سابق، ص257.
[4] جعفر، علي، تاريخ القوانين، مرجع سابق، ص140.
[5] الملا صالح، عبد الجبار، مرجع سابق، ص15.

فقد أسهم قانون العدالة في إنجلترا في التلطيف من حدة قواعد القانون العادي ومواجهة النقص والقصور فيها، وعيوب المحاكم العادية التي لم ترتب على تخلف السبب أو تعيب إرادة أحد المتعاقدين بالغش أو التدليس أي أثر. فإذا ما أفرغ الالتزام في الشكل الذي حدده القانون فإنه يكون ملزماً بصرف النظر عما إذا كانت إرادة أحد المتعاقدين معيبة أو مغلوطة أو لم يكن هناك سبباً[(1)]. فقد أدى توحيد جهة القضاء في إنجلترا وحصره في المحاكم العادية , إلى توحد القانون الواجب التطبيق الذي سمي بالقانون العادي وسميت المحاكم بمحاكم القانون العادي. وكانت مصادر هذا القانون تتمثل ببعض العادات العرفية وبعض القوانين والقرارات التي يصدرها الملك والسوابق القضائية. لكن القانون العادي أصيب بنوع من الجمود في القرن الرابع عشر, فالمحاكم العادية حصرت نفسها في دائرة السوابق القضائية دون أن تعمل على تجاوزها , حتى لو ظهرت مجافية لمبادئ العدالة. ومع هذا لم يتدخل المشرع الإنجليزي إلا نادراً لإصلاح هذا الوضع إلا خلال القرنين السابع عشر والثامن عشر[(2)].

ونتيجة لذلك ظهر ما يعرف بمحكمة المستشار أو محكمة ضمير الملك التي كان يتظلم إليها، إذ إن قرار المحاكم العادية لم يكن نهائياً , وقد عملت محكمة المستشار على توسيع اختصاصاتها على حساب المحاكم العادية , و التخفيف من صلابة و قسوة القانون العام بالحكم على أساس فضائل الأخلاق و العدالة.[(3)] ومع الوقت تكونت مجموعة من المبادئ القانونية سميت بقانون العدالة، وترجع هذه التسمية إلى أن محكمة المستشار اعتمدت على العدالة في إصدار أحكامها. وترتب على الأخذ بمبادئ العدالة في القانون الإنجليزي اختصار الإجراءات الطويلة التي كانت تتبع أمام المحاكم العادية. كإجراءات إجبار المدين على الوفاء بدينه، بينما

---

(1) عبد العال والمجذوب، مرجع سابق، ص688.
(2) جعفر، علي، تاريخ القوانين والشرائع، مرجع سابق، ص148- ص149.
(3) عقايله , زيد (2007) . المصطلحات القانونية , الطبعة الثانية , دار الثقافة , عمان , الأردن , ص 32 .

كانت محكمة المستشار تدعوه إلى الحضور وإلا عد مرتكباً لجريمة ازدراء المحكمة، وتجبره على الوفاء بالدين , وألزمت هذه المحكمة بعدم اللجوء إلى المحاكم العادية لعدم عدالتها [1]. وهذه المحاكم التي تطبق مبادئ العدالة كانت تسمى محاكم العدالة ليست ملزمة في أن تكون أحكامها موافقة ومطابقة للمبادئ الثابتة والجامدة للقانون العام , فدورها يلطف من صلابة وجمود قواعد القانون العام [2].

وكما كان من آثار تطبيق مبادئ العدالة في القانون الإنجليزي لمواجهة القصور في قواعد القانون العادي , أن ظهرت مبادئ قانونية جديدة ارتكزت على العدالة. كعدم الاعتراف بالآثار القانونية لبعض الالتزامات إذا تخلف سببها أو رأت المحكمة أن إرادة أحد الأطراف في التعاقد يشوبها التدليس أو الغش، وضرورة أن تكون الإرادة خالية من العيوب.[3] فقد اعتدت محكمة المستشار بعيوب الإرادة وما يكون قد لحق بها من غش أو إكراه , رغم توافر الصيغة الرسمية على خلاف الحال في القانون العادي. وانتهى الأمر بتوحيد جهة القضاء والقانون , فنظمت المحاكم العادية ومحاكم العدالة على أساس واحد وبتطبيق القانون العادي وقانون العدالة مع إعطاء الأفضلية لهذا الأخير في حال الاختلاف.[4] مع ضرورة الإشارة إلى أنه في عام 1873 صدر قانون التقاضي , و الذي دمج المحاكم في محكمة واحده سميت محكمة العدل العليا .[5]

وكان لهذا أثره الإيجابي في الأخذ بمبدأ حسن النية بالرغم من أن فكرة الاعتبار ( Consideration) التي يتميز بها القانون الإنجليزي والتي تحل محل فكرة السبب في التشريعات

---

(1) جعفر علي، تاريخ القوانين، مرجع سابق، ص150- ص151 .

( (2) المحاسنه، محمد يحيى (1986) . ، مفهوم المحل والسبب في العقد، رسالة دكتوراه منشورة ، جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، ص76.

(3) مغربي، محمود، مرجع سابق، ص260.

(4) جعفر علي، تاريخ القوانين، مرجع سابق،ص 152 _ ص151.

(5) عقايله , مرجع سابق , ص 34 .

اللاتينيـة .(1) وتعتبـر فكـرة ذات مظهـر مـادي بصـفة أساسـية ,(2) فالسـبب واحـد لا يتغيـر, لهـذا يوصف بأنه اعتبار موضوعي داخل في العقد غير متغير , فلا يبحث في سبب الالتزام إلا داخل العناصر المادية للعقد.(3) وهذا يعني عدم الاعتداد بالمقاصد والنيات الدافعة إلى التصرفات , على أساس أنها أمور خارجة عن التصرف يبحث عنها في الإرادة فقط. بينما تتطلب فكرة الاعتبار في العقود البحث عن هذه الأمور في محتوى التصرف القانوني ذاته, وليس للقاضي أن يبحث في نوايا المتعاقدين للكشف عن مدى اتفاق التصرف مع ما تستوجبه اعتبارات النظام العام والآداب , ولو كان التصرف قائماً على اعتبار غير مشروع. وعلى الرغم من أن القانون الإنجليزي لا يعتد بالنوايا والمقاصد الدافعة إلى التصرف إذ ليس للقاضي البحث في النوايا كأصل عام , فقد أظهر القضاء الإنجليزي مرونة وقضى ببطلان الاتفاقات المخالفة للنظام العام والآداب العامة استناداً إلى عدم مشروعية المحل، فقضى مثلاً ببطلان الاتفاق الذي يقضي بجلب امرأة إلى علاقة غير مشروعة أو الاتفاق على ارتكاب جريمة من اجل مبلغ من المال أو إطالة آمد التقاضي مما يدل على وجود مبدأ حسن النية في القانون الإنجليزي. كما ترددت في الأحكام القضائية الإنجليزية كلمة الضمير والثقة والعقل والحق ومنع الغش وإخضاع تنفيذ الالتزامات لهذه المعاني والمقاصد , وهذه جميعها من مظاهر مبدأ حسن النية.(4)

فهناك واجب على المتعاقدين والغير الالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد، كما قضى بذلك مبدأ العقد شريعة المتعاقدين (pacta sunt servanda) الذي الزم المتعاقدين بتنفيذ التزاماتهم بثقة وشرف. وإن كان الأخذ به لا زال في نطاق ضيق وإطاره العام لا زال غير واضح ، فإن أفضل تطبيق له يكون في مرحلة تنفيذ العقد . إلا إن القضاء الإنجليزي يستعيض عن

---

(1) محاسنه , مرجع سابق , ص 77 .
(2)القاضي , مرجع سابق , ص 15 .
(3)عبد الله , فتحي (1978 ) . العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانونين المصري و الإنجليزي , مجموعة البحوث القانونية و الاقتصادية , المنصورة , مصر , 373 .
(4) القوني، عبد الحليم، مرجع سابق، ص29-30.

استخدام مصطلح حسن النية بإيجاد حلول للقضايا من خلال إبقاء التعادل بين المتعاقدين ورفض الصفقات غير الأخلاقية أو المخالفة للضمير , خاصة إذا كان أحد الأطراف ضعيفا أو غير محترف أو مكره. و مع هذا فان القانون الإنجليزي استلزم في عقود أخرى كعقد التأمين التزام المتعاقدين بأعلى درجات حسن النية صراحة(1).

كما إنه في الآونة الأخيرة ظهرت فائدة مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات العقدية. فهناك اعتراف بأن هذا المبدأ ليس غريباً عن القانون الإنجليزي ، وهناك من يُعبر عنه بالتوقعات المعقولة للناس الشرفاء، وأن هذا المبدأ شرط ضمني في كل عقد. وقد بدأ بتطبيق هذا المبدأ بشكل صريح بسبب اعتماد بريطانيا لأنظمة الاتحاد الأوروبي , والتي تنص على مبدأ حسن النية صراحة , كما وقد اعتمد مبدأ حسن النية كمبدأ عام في القانون التجاري الإنجليزي صراحة(2).

## المبحث الثاني: مبدأ حسن النية في الشريعة الإسلامية

في هذا المبحث سيتضح موقف الشريعة الإسلامية من مبدأ حسن النية من خلال تقديم الأدلة التي تدل على أخذها بهذا المبدأ. ولبيان حجم التغير الذي جرى على الوضع القانوني في المنطقة بظهور الإسلام وتطبيق تعاليمه السمحة , فإنه من المناسب العروج ولو سريعاً على ما كان سائداً قبل ظهور الإسلام من حياة قانونية, والوقوف على طبيعة العقود التي كانت سائدة ومدى أخذها بمبدأ الرضائية ومبدأ حسن النية , ثم سيقوم الباحث بعد ذلك بإيضاح موقف المشرع الإسلامي من مبدأ حسن النية.

---

(1)willam, Tetly, (2004). Good faith in contract particulary in the contracts of Arbitration and chartering, online, ( available)// http: http://www.mcgill.ca/files/maritimelaw/oslo3.pdf

(2) Willam, Tetly, (2004). Good faith in contract particulary in the contracts of Arbitration and chartering, page 28-29.

فالعرب كانوا كغيرهم من الشعوب لا تربطهم عقيدة محددة، ويعتقدون بالأصنام والأوثان ويتخيلون الآلهة مرة في الهياكل التي يقيمونها , ومرة في الكواكب التي تبدو وتغيب أمام أعينهم. وعلى الجملة لم تكن لهم حضارة تقوم على أسس يعرفونها ولا على علوم معروفة في كتب يدرسونها، فانعكست حالتهم الاجتماعية على حياتهم القانونية , فلم تكن لهم نظم قانونية قائمة على شريعة متجانسة بل على خليط من عناصر متنافرة. فكان التشريع لديهم فطرياً يرجع إلى عادات وتقاليد عربية تختلف باختلاف القبائل وباختلاف الأماكن والبيئات، فالمجتمع آنذاك في فوضى في مختلف النواحي , لا ضوابط ولا قوانين يرجع إليها للفصل في الخصومات وصيانة الحقوق ولا نصوص تسري على الناس كافة أو جلهم(1). أما القضاء في العصر الجاهلي فقد اقتصر على التحكيم الذي اعتبر بدوره غير ملزم , وكان الناس يحتكمون في العادة إلى رئيس القبيلة أو شخص من ذوي الشأن والمروءة(2).

وعندما ظهر الإسلام اقر بعض العادات السائدة , ولكنه أبطل البعض الأخر الذي لا يتفق مع بناء المجتمع السليم القائم على الحق والخير والعدل. فقد أبطل الإسلام علم الطيرة، كما أبطل بعض المعاملات كالبيع بالملامسة , وهذا بيع يقضي بأن يتفق كل متعاقد على لمس ثوب صاحبه بغير تأمل، فيبيع كل منهما ثوبه الأخر باللمس دون أن يراه. وأبطل بيع المنابذة والذي يقضي بأن ينبذ البائع إلى المشتري بالمال المبيع , فإذا نبذه إليه تم البيع بالثمن المتفق عليه. وبيع الحصاة كما لو قال البائع للمشتري أبيعك من هذه الأرض من هنا إلى ما انتهت إليه هذه الحصاة، ثم يتبع قوله برمي الحصاة. وغير ذلك من أنواع البيوع التي عرفها العرب ففي هذه البيوع لم تكن العبرة دائماً للنية والرضا، بل كانت للألفاظ والعبارات بشكل معين ومحدد من لمس أو نبذ أو ما يشبه ذلك . أما بالنسبة للمداينات فكانت بالربا سواء في الذهب أم الفضة أم الإبل

(1) مغربي، محمود، مرجع سابق، ص281- ص282.
(2) جعفر، علي، تاريخ القوانين، ص164.

أم الغلال . والمفهوم من عادات العرب ومن بعض الأحاديث أن الربا عند العرب هو الزيادة في مقابل تأجيل الدين لمن عجز عن الوفاء فان لم يؤد ضاعف عليه الدين , إذ لم يكن لدى العرب نظام شامل للمعاملات بل كان الأمر يقتصر على بعض أنواع البيوع التي كانت منتشرة واغلبها يتم بطريق المقايضة أي تبادل سلعة بسلعة أخرى، ولكن على اثر ازدياد المعاملات واختلاط العرب بغيرهم من الشعوب اخذوا يتعاملون باستعمال النقود والذهب والفضة[1] .

وعندما جاء الإسلام هذب المعاملات وجعل القضاء ملزماً , وفرض المساواة ونظم الطلاق ووضع قواعد الميراث وغيرها من النظم القانونية[2]. فقد تغير الوضع بظهور الشريعة الإسلامية تغيراً جذرياً وتبدلت الحياة أولاً في الجزيرة العربية ثم بالانتشار خارجها , مما كان له تأثير مباشر في حياة العرب القانونية والعائلية فوضعت أسس جديدة للعلاقات القانونية , تحدها المصلحة العامة مع الحفاظ على حقوق الأفراد[3].

في ضوء ما تقدم يتضح إن العقود لم تكن تقوم على الرضا وحسن النية قبل ظهور الإسلام , بل كانت تستلزم استخدام عبارات أو حركات معينة. فيكون العقد ملزماً إذا ما استوفى الشكل المطلوب دون أي اعتبار للغش أو الاحتيال أو عيوب الإرادة , إذ لم يكن هناك أي التزام بمبدأ حسن النية لا في إبرام العقد ولا في تنفيذه كما كان الحال في العصور الأولى للقانون الروماني.

أما الشريعة الإسلامية فقد أخذت بمبدأ حسن النية في إبرام وتنفيذ العقود بشكل جلي، حيث أنها لم تفرق بين عقود تقوم على مبدأ حسن النية وأخرى لا تقوم على هذا المبدأ , كما فعل القانون الروماني. ذلك أن الشريعة الإسلامية شريعة أخلاقية تقوم على الأخلاق والأمانة والثقة

---

[1] مغربي، محمود، مرجع سابق، ص284.
[2] جعفر، علي، تاريخ القوانين، ص165.
[3] مغربي، محمود، مرجع سابق، ص285.

والنزاهة وحسن النية وعدم المساس بحقوق الآخرين وعدم الإضرار بهم متعاقدين كانوا أم اغيارا. فلا تنفصل فيها الأخلاق عن الالتزام في المعاملات , والإخلال بالوفاء بالعقد إخلال بالتزام ديني قبل أن يكون إخلالاً بالتزام قانوني. ففي جميع العقود تعتد الشريعة الإسلامية بالإرادة كأساس للالتزام وفي إبرام العقود وتنفيذها , فتوجب على المتعاقد تنفيذ العقد بحسن نية بأمانه واستقامة دون غش أو تعسف وببواعث حسنه كما سيتضح من الأدلة الشرعية التي سأسوقها.

ولما كانت الشريعة الإسلامية موضوعة لصالح العباد فقد تطلبت من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصد التشريع , وهذا يعني أن تكون نيّة المرء صالحة وأن يكون قصده من استعمال حقوقه مشروعاً يتفق والصالح العام بأوسع معانيه , وأن يؤدي التزاماته دون غش أو إهمال . وكان من مظاهر الحرص على صيانة العدل والتوازن بين مركزي المتعاقدين على الدوام تحريم الربا والغبن في العقود[1].

فقد نظمت الشريعة الإسلامية حياة المسلم ووضعت قواعد تحكم كل المعاملات المالية وغير المالية , ومن بين هذه القواعد والمبادئ مبدأ حسن النية. فقد اوجب على المتعاقد الالتزام بالأمانة والثقة وحرم الغش والتحايل وسوء النية , الأمر الذي ينعكس إيجابا على الحياة الاقتصادية في المجتمع حيث تستقر المعاملات وتتحقق العدالة في العلاقات العقدية. ومع هذا فلا يوجد نص صريح يتبنى مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، إلا أنه هناك العديد من النصوص التي تدل بوضوح على الأخذ بمبدأ حسن النية خاصة , وأن الشريعة الإسلامية ترفض جميع مظاهر سوء النية.

وقد تناول فقهاء الشريعة الإسلامية في كتاباتهم عن المعاملات الشرعية ما ينبغي أن يسود هذه المعاملات , وأهمها العقود من أمانة وثقة وصدق وبُعد عن الغش والتدليس والكذب.

---

(1) الملا صالح، عبد الجبار، مرجع سابق، ص18.

فالنيّة في الإسلام شرط لصحة العمل أي النيّة الصالحة بل أن العمل مداره النيّة من حيث الثواب والعقاب , ومن حيث الصحة والفساد , ومن حيث الخصوص والعموم , ومن حيث الإطلاق والتقييد , وهذا ما دلت عليه النصوص الكثيرة من الكتاب والسنة[1].

ومن هذه الأدلة على وجوب التزام حسن النية في تنفيذ العقود , قوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"[2]. وقد قيل في تفسير هذه الآية الكريمة أن الوفاء بالعقود هو الالتزام بما أحل الله وحرم وما أخذ الله من الميثاق على من أقر بالإيمان بالنبي والكتاب , أن يوفوا بما اخذ الله عليهم من الفرائض من الحلال والحرام[3]. ويقال وفي بعهده وأوفى إيفاء والمقصود بالعقود , العقود التي يتعاقدها الناس بينهم ويعقدها المرء على نفسه كعقد الإيمان وعقد البيع وعقد النكاح. وأقوى الأقوال قول ابن عباس بأن المراد بها عقود الله التي أوجبها على عباده في الحلال والحرام والفرائض والحدود , فيجب الوفاء بجميع ذلك إلا ما كان عقداً في المعاونة على أمر قبيح[4].

يستدل من هذه الآية الكريمة وما قيل في تفسيرها على وجوب الالتزام بمبدأ حسن النية في إبرام وتنفيذ العقد. ويظهر ذلك من خلال الحث على الامتناع عن إبرام وتنفيذ العقود التي يكون باعثها قبيحا أو غير مشروع، حيث إن مقصود الشارع بالوفاء بالعقود الوفاء بكل الالتزامات التي يرتبها العقد غير منقوصة , والابتعاد عن الغش والخداع وعدم الانتقاص من حقوق المتعاقدين حفاظاً على التوازن العقدي. فالمتعاقد الذي يلجأ إلى الطرق غير المشروعة من غش وانتقاص لحقوق العباد , يكون قد اخل بالتزامه ولم يمتثل لأمر الله. فالأمر بالوفاء بالعقود

---

(1) القاضي، محمد مصباح، مرجع سابق، ص2.
(2) سورة المائدة، الآية (1).
(3) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم،(لات) . الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص7.
(4) الطبرسي، ابو علي (1986) . مجمع البيان في تفسير القرآن، الجزء الثالث والرابع، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ص233-ص234.

هو أمر بالتزام حسن النية في تنفيذ العقد كالتزام أخلاقي وقانوني , ذلك أن عدم الوفاء بالالتزام عمداً أو إهمالاً من سوء النية وهو أمر منهي عنه.

ومن الأدلة الشرعية على تبني الإسلام لمبدأ حسن النية قولة تعالى "إن الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذي القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغي"[1] . يخبر الله تعالى في هذه الآية أنه يأمر عباده بالعدل وهو القسط والموازنة ويندب إلى الإحسان. وقد قال علي بن أبي طلحة عن ابن عباس" أن الله يأمر بالعدل شهادة أن لا آله إلا الله . وقال سفيان بن عينه العدل في هذا الموضع هو استواء السريرة والعلانية من كل عامل له عمل , والإحسان أن تكون سريرته أحسن من علانيته [2].

وقد اختلف أهل العلم في تفسير العدل والإحسان فقيل العدل لا إله إلا الله , والإحسان أداء الفرض , وقيل العدل الفرض والإحسان النافلة، وقيل العدل استواء العلانية والسريرة , والإحسان أن تكون السريرة أفضل من العلانية وقيل العدل والإنصاف . " وإيتاء ذي القربى" أي إعطاء القرابة ما تدعو إليه حاجتهم , وفي الآية إرشاد إلى صلة الأقارب وترغيب في التصدق عليهم. "وينهى عن الفحشاء" وهي الخصلة المتزايدة في القبح من قول أو فعل ، "والمنكر" ما أنكره الشرع بالنهي عنه وهو يعم جميع المعاصي على اختلاف أنواعها . أما البغي قيل الكبر وقيل الظلم وقيل التعدي , وحقيقته تجاوز فيشمل هذه المذكورة ويندرج بجميع أقسامه تحت المنكر [3].

وحيث يأمر الله سبحانه بالعدل والإحسان في جميع الأعمال سواء أكانت أعمالاً للقلوب كالمقاصد والنيات , أم أعمالاً للجوارح كالأفعال الدالة على ما في النفس . فالعدل والإحسان

---

[1] سورة النمل، الآية(90)

[2] تفسير ابن كثير، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص949.

[3] الشوكاني، محمد بن علي بن محمد (1964) . تفسير فتح القدير، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، مصر، ص 188.

مأمور بهما في جميع الأعمال الباطنة والظاهرة في العبادات والمعاملات في الأخلاق والسلوك. وليس من ريب في أن الذي يغش ويخون في معاملاته لا يكون عادلاً ومحسناً فيها, و إنما هو شخص ساءت نيته وعلانيته وفسد قصده وسلوكه , لأنه حاد عن جادة حسن النيّة إذا حاول إحسان الظاهر دون الباطن فزين الشكل وقبح الجوهر، ولكن ثبت في الشرع أن ذلك لا يفيده لأن الأعمال بالنيات. فهذه الآية تأمر بحسن النيّة وتنهى عن سوء النيّة , ذلك أن حسن النيّة ليس عملاً قلبياً فحسب و إنما سلوك يتفق وأحكام الشريعة وعرف المجتمع وأخلاقياته[1].

ومن الآيات الدالة على الأخذ بمبدأ حسن النيّة في الشريعة الإسلامية قوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم"[2] وقد قيل في تفسير هذه الآية الكريمة أن الله نهى عباده المؤمنين عن أن يأكلوا أموال بعضهم بالباطل , أي بأي أنواع المكاسب التي هي غير شرعية كالربا والقمار وما جرى مجرى ذلك من سائر الحيل. وقال قتادة في قوله تعالى " إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم" : لا تتعاطوا الأسباب المحرمة في اكتساب الأموال، لكن المتاجر المشروعة التي تكون عن تراضٍ من البائع والمشتري فافعلوها وتسببوا بها في تحصيل الأموال. وقد قال رسول الله عليه الصلاة والسلام" البيع تراض والخيار بعد الصفقة ولا يحل لمسلم أن يغش مسلماً" [3].

وورد أيضاً أن الله حرم الوجوه غير المشروعة لأكل أموال الناس وذكر الأكل وأراد سائر التصرفات . وفي قوله (بالباطل) أي أكل أموال الناس بغير استحقاق , وأخذه من غير وجهه وصرفه فيما لا يحل له إلا أن تكون تجارة برضى المتعاقدين[4].

---

(1) القوني، عبد الحليم، حسن النيّة وأثره في التصرفات، مرجع سابق، ص128.
(2) سورة النساء، الآية (29).
(3) تفسير ابن كثير، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 755-756.
(4) مجمع البيان في تفسير القرآن، مرجع سابق، ج3-4، ص59- ص60.

واضح حث الآية الكريمة على الالتزام بمبدأ حسن النيّة ونهيها عن كل ما يعد من مظاهر سوء النيّة , كتحريم الكسب غير المشروع وسائر الحيل وغيرها من الطرق غير المشروعة في كسب الأموال والغش وأخذ غير المستحق سواء عن طريق العقد أم أي تصرف آخر . وهذا أمر بالتزام الصدق والأمانة والثقة من قبل المتعاقدين في إبرام وتنفيذ العقود وهو ما يهدف إليه مبدأ حسن النيّة.

ومن الآيات التي تحض على التزام حسن النيّة قوله تعالى "من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار وصية من الله والله عليم حكيم"[1]. فللموصي أن يوصي حال كونه غير مضار لورثته بوجه من وجوه الضرار , كأن يقر بشيء ليس عليه أو يوصي بوصية لا مقصد له فيها إلا الإضرار بالورثة , أو يوصي لوارث مطلقاً أو لغيره بزيادة على الثلث ولم تجزه الورثة. وهذا القيد اعني قوله تعالى (غير مضار) راجع إلى الوصية والدين المذكورين فهو قيد لهما , فما صدر من الإقرارات بالديون والوصايا المنهي عنها له أو التي لا مقصد لصاحبها إلا المضارة لورثته فهو باطل مردود لا ينفذ منه شيء لا الثلث ولا دونه.وقال القرطبي أجمع العلماء على أن الوصية للوارث لا تجوز . وهذا القيد أعني عدم الإضرار هو قيد لجميع ما تقدم من الوصية والدين. وقال أبو السعود في تفسيره وتخصيص القيد بهذا المقام لما أن الورثة مظنة لتفريط الميت في حقهم. فقد وصى الله عباده بهذه التفاصيل المذكورة فكل وصية من عبادة تخالفها , فهي مسبوقة بوصية الله وذلك كالوصايا المتضمنة لتفضيل بعض الورثة على بعض أو المشتملة على الضرار بوجه من الوجوه . والإشارة إلى الأحكام المتقدمة أنها حدود الله لا يجوز تجاوزها ولا

---

(1) سورة النساء، الآية (12).

يحل تعديها، ومن يطع الله في قسمة المواريث وغيرها من الأحكام الشرعية "تدخله جنات تجري من تحتها الأنهار "[1].

وقد قيل أيضاً في تفسير الآية الكريمة السابقة بأن إرادة الميت تتعلق بالوصية , وقد جعلت الوصية لتلافي بعض الحالات التي يحجب فيها بعض الورثة البعض الآخر، وقد يكون المحجبون معوزين أو أن تكون هناك مصلحة في توثيق العلاقات بينهم وبين الورثة , وإزالة أسباب الحسد والنزاع قبل أن تنبت فلا وصية لوارث ولا وصية في غير الثلث . وفي هذا ضمان ألا يجحف المورث بالورثة بالوصية , تحذيراً من أن تكون الوصية للإضرار بالورثة لتقام على العدل والمصلحة، مع تقديم الدين على الوصية تقديمها على الورثة , فهذه الفرائض "وصية من الله" صادرة منه ومردها إليه لا تنبع من هوى وهي واجبة الطاعة[2].

يستدل من هذه الآية وجوب استعمال الحق بالوصية بحسن نيّة، وحيث أن الله قد شرع الحق في الوصية حماية لمن قد يحجب بموجب أحكام الميراث , إلا أن استعمال هذا الحق مقيد بوجوب استعماله بحسن نيّة , بأن يكون في حدود المشروع وانتفاء قصد الإضرار بالورثة . أما إذا كانت بقصد إلحاق الضرر بالورثة أو تفضيل بعضهم على بعض فإن هذا يعتبر من سوء النيّة المنهي عنه، حيث إن تأكيد المشرع على عدم استخدام الوصية كوسيلة للإضرار بالورثة هو أمر بالتزام حسن النيّة.

كما أن اشتراط الشارع أن يكون المدين حسن النيّة حتى يستفيد من نظرة الميسرة , يدلل بشكل واضح على وجوب الالتزام بحسن النيّة في تنفيذ العقد . قال تعالى "وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة"[3]. وقد جاء في تفسير هذه الآية الكريمة أنه لما حكم سبحانه لأهل الربا

(1) الشوكاني، فتح القدير، الجزء الأول، مرجع سابق4، ص 435.
(2) قطب، سيد(1986) . تفسير في ظلال القرآن، الطبعة الثانية عشرة، المجلد الأول، دار الشروق، مصر، القاهرة، ص 586-ص589 .
(3) سورة البقرة، الآية (280).

برؤوس أموالهم عن الواجدين للمال حكم في ذوي العسرة بالنظرة إلى يسار، والعسرة ضيق الحال من جهة عدم المال والنظرة التأخير والميسرة مصدر اليسر. "وإن كان ذو عسره" أي إن كان المطلوب ذا عسرة . وهي عامة في جميع من عليه دين وإن تصدقوا على المعسر بالإبراء خير لكم , وفيه الترغيب لهم بأن يتصدقوا برؤوس أموالهم على من أعسر وجعل ذلك خيراً من إنظاره[1].

وجاء في تفسير ابن كثير بأن الله يأمر بالصبر على المعسر الذي لا يجد وفاء فقال " وإن كان ذو عسرة فنظره إلى ميسرة". لا كما كان أهل الجاهلية يقول أحدهم لمدينه إذا حل عليه الدين إما أن تقضي أو أن تربى . ثم يندب إلى الوضع عنه، ويعد على ذلك الخير والثواب الجزيل . فقال "وإن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون" أي وإن تتركوا رأس المال بالكلية وتضعوه عن المدين. وقد وردت الأحاديث عن طرق متعددة عن النبي بذلك فقد قال عليه الصلاة والسلام "من سره أن يظله الله يوم لا ظل إلا ظله فلييسر على معسر أو ليضع عنه". وقال أيضاً عليه السلام " من نفس عن غريمه أو محا عنه كان في ظل العرش يوم القيامة"[2].

فقد أمرت الآية الكريمة بإعطاء المدين المعسر أجلا للوفاء بدينه , وما هذا إلا أمر بالتزام حسن النيّة , إذ أن تقيد الدائن بمبدأ حسن النيّة يستوجب منه أن لا يتعسف في المطالبة بحقه . إذ أراد المشرع من الدائن الصبر على المدين المعسر وإمهاله للوفاء بدينه. وذهبت الآية الكريمة إلى أن إبراء المدين المعسر أحسن عند الله , وهذا لا يكون إلا إذا كان الدائن حسن النيّة. وتدل الآية من جهة أخرى على وجوب أن يكون المدين المعسر حسن النيّة حتى يستفيد

---

(1) الشوكاني، فتح القدير، الجزء الأول، مرجع سابق، ص298.
(2) تفسير ابن كثير، الجزء الأول، مرجع سابق، ص519.

من نظرة الميسرة لا يقصد المماطلة ولا الامتناع عن الوفاء. أما المدين الموسر المماطل فهو مدين سيئ النيّة لا يستفيد من هذه الميزة ويجبر على الوفاء جزاء سوء نيته[1].

كما وقد أكدت هذا المبدأ العديد من الأحاديث الشريفة كقوله عليه الصلاة والسلام "إنما الأعمال بالنيات". وعن أبي هريره أن رسول الله مر على طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللاً . فقال : ما هذا يا صاحب الطعام؟ قال أصابته السماء يا رسول الله قال: أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس , من غش فليس منا". وقوله عليه الصلاة والسلام " لا ضرر ولا ضرار" وغيرها من الأحاديث الشريفة. وهذه الأحاديث والآيات القرآنية تظافرت على تشريع مبدأ حسن النيّة في التصرفات والعقود , وهي في مجموعها تفيد القطع بثبوته وأخذ الشريعة الإسلامية به. فمن هذه الأحاديث والآيات يستدل بوضوح على حرمة الغش والتدليس والخداع في المعاملات، كما أنها توجب على المتعاقد ضرورة الالتزام بالصراحة والصدق و الأخبار عن أية معلومات يحتاجها المتعاقد الآخر، فالعبرة في التصرفات بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني. ولما كانت هذه المعاني جميعها هي التي يدور حولها حسن النيّة ويهدف إليها فكانت هذه الأخبار من الأسس والأصول التي يقوم عليها حسن النيّة في التصرفات والعقود في جميع مراحلها, فإذا أحسنت النيّة صح التصرف وإذا ساءت فسد[2]. فالنية في الإسلام مهمة للغاية , فعليها يثاب المؤمن وعليها يعاقب , و بها تقبل الأعمال و بها ترد . فالنية إذا عليها مدار العمل , و لا يتقبل الله من الإنسان أي عمل بدون نية , لذلك كانت النية في الإسلام شرطا لا يقبل الله العمل إلا بها .[2]

---

(1) القوني، مرجع سابق، ص 119.
(2) الملا صالح , مرجع سابق , ص 17 – ص 18 .
(2) العبادي , عبد الله (1983) . من الآداب و الأخلاق الإسلامية , منشورات المكتبة العصرية , بيروت , لبنان , ص 38 _ ص39 .

ليس من شك أن أثر حسن النيّة على استقرار التعامل غير مجحود , حتى إذا ما شئنا أن نستجلي ذلك الأثر في تشريع من التشريعات , كان علينا أن ننظر في مُثل مجتمع المخاطبين به ومدى عمق النظرة الأخلاقية ومدى تغلغل النزعة الدينية فيه . إذ يبدو انطباع الصياغة التشريعية وتأثرها بهذا واضحاً كما يبدو ذلك أكثر وضوحاً في النطاق التطبيقي . فمن المسلم به أن احتياجات التعامل في أي زمان ومكان هي أن يتم في جو من الثقة والثبات والاستقرار , ويتحقق ذلك من خلال سلامة المبادئ والمثل التي يرتكز عليها النظام التشريعي وانتفاء الخديعة والغش. ولعل امثل ما نجد ذلك محققاً في التشريعات ذات الطابع الديني كالشريعة الإسلامية , بما يحمله نظامها من خصائص قوامها العدل والتكليف والإحسان. إذ العدل فيها الهي والعقود فيها ليست ألا أسباباً جعلية لا نزال عدل الله والإنسان فيها ما هو إلا خليفة الله في الأرض , الأمر الذي ينعكس على تصرفاته بالتزام أوامر الله و نواهيه و أخصها أن يكون كسبه حلالا" لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل" . والإنسان فيها مكلف أي أن يد المسؤولية تسبق يد التمتع , وممارسة الحق وظيفة اجتماعية تمارس دون تعسف فهي ليست رخصة مطلقة , بل على الإنسان أن يتحرى في عمله الإخلاص وفي تصرفاته النقاء , فالله شاهد على عمله وتصرفه إذ الدائن مطالب بحسن الاقتضاء والمدين مطالب بحسن الأداء.(1)

كما امتازت الشريعة الإسلامية عن التشريع الوضعي أنها تتضمن حث الإنسان على الشعور بالمسؤولية بما يتفق و قدرات الإنسان , و التمسك بحد أدنى من المثل و القيم كالعدل و الاحترام و التعاون و الرحمة .(2) و تهيمن على التعامل فيها مقاصد سامية مرعية تجعل التعامل أكثر ثباتاً وأكثر استقراراً . إذ توجب تلك المقاصد أن يراقب المتعاملون فيما بينهم أعلى مثل العدل والإحسان والتضامن في بلوغ المصلحة الشرعية المقصودة من التعامل , فيوفر ذلك جواً

---

(1) بدوى، السيد، مرجع سابق،ص 4-5.
(2) سرطاوي , محمود و آخرون (2001) . نظام الإسلام , الطبعة الأولى , المركز العربي للخدمات , عمان , الأردن , ص 9 _ ص 20 .

من الثقة وحسن النية وذلك من ألزم الأمور للاستقرار والطمأنينة والثبات. وليس من شك أن هيمنة حسن النية تنفي أسباب القلق الناشئة عن الغش والخديعة وسوء الطوية . إذ أن تطلب حسن النية مرتبط بالعقيدة والإيمان فليس الإيمان نية فحسب , ولكن قول وفعل يزيد بالعمل وينقص بالمعاصي . فعلى المسلم أن يتحرى الإحسان في معاملاته وان يتوخى ما توجبه الشريعة من الرفق بمدينه وحسن الاقتضاء منه , واجتناب خديعته والإخلاص له في تعامله أو في القضاء إليه , وتلك مثل سامية تبث الثقة وتدعم الاستقرار في التعامل. ولقد كان من أثر هيمنة حسن النية على التعامل في الإسلام , انه حرم أنواعاً من الخداع لا تعتبر تدليساً ولا غشاً كتحريم السوم على السوم وتحريم النجش و الغش والخداع والاحتكار وكل ما يحدث اضطراباً في الأسواق على وجه العموم .[1] فالشارع عندما أوجب النية في الأعمال و الإخلاص لله فيها ,و اعتبرها روح العمل و قوامه و لبه و ربط بينها و بين صحة العمل و فساده ,[2] فقد علم ما فيها من فوائد , تعود على الفرد و المجتمع .فحسن النية و الإخلاص في العمل يحض على فعل الخير و إتقانه و الإخلاص فيه , و يحارب الشر و فعله , و النية تجعل للمسلم حافزا على فعل الخير , فلا يقدم على عمل دون ما هدف , و إنما يهدف من وراء ذلك إرضاء الله فيفعل الخير , ولو جلب عليه ذلك ما يكدر عيشه و ينغص حياته الدنيوية . فإذا سلمت النية من السوء سلمت الأعضاء جميعها من الإقدام على السوء و الإثم , يقول علية الصلاة و السلام : إن في الجسد مضغة إذا صلحت صلح الجسد كله , و إذا فسدت فسد الجسد كله , ألا و هي القلب .[3]

و حسن النية والعدالة يكاد أن يكونا صنوان إذ لا يفتأ حسن النيّة يبرز إلا ونجد العدالة ظهيراً تبرر حمايته وتوجب رعايته , ولا نجد حكماً تقرره العدالة إلا واخذ في حسبانه حسن النية , أو هو بالأقل يصادف في تطبيقاته اختلافاً في أثاره مناطه وصف النية بالسوء أو الحسن .

---

(1) بدوى، السيد، مرجع سابق، ص6.
(2)قرضاوي , يوسف (1996) . النية و الإخلاص , الطبعة الأولى , دار الفرقان , عمان , الأردن , ص 28 .
(3) العبادي , عبد الله , مرجع سابق , ص 40 _ ص41 .

وتحقيق المساواة بين المتعاملين يرتبط بحسن النية فيؤخذ بعين الاعتبار سوء نية أو حسن نية المتعامل من حيث الآثار المترتبة , ذلك أن التتبع التاريخي لتطور مفهوم العدالة يكشف عن مدى تقارب حسن النية منها . فما أن تهذبت الأخلاق إلا وارتقى المستوى الفكري للمجتمع الإنساني , وبدت النظرة إلى العدالة على أنها فكرة مجردة ومطلقة, وبدت تعني في المعاملات المالية التعادل بين الاداءات المتقابلة وضرورة تعويض المضرور, فبدت فكرة العدالة التبادلية تبرز متمثلة في إعطاء كل ذي حق حقه وأن يعوض الغير عما لحقه من ضرر . وبدت تسيطر على المعاملات المالية نزعات تهدف إلى تحقيق المساواة وأن يحترم كلمته , ويبتعد عن الغش والخداع وتلك مقومات مبدأ حسن النية وهذا ما تأمر به الشريعة الإسلامية .[1] فقد أخذت الشريعة الإسلامية في كل الأحوال بالعدالة و أوجبت توافر التوازن العقدي . فلم يعتد الفقه الإسلامي في أي مرحلة من مراحل تطوره بالشكل , حيث إن الشريعة الإسلامية باعتبارها شريعة دينية تقوم على أساس الرضائية و لا تعتد بالشكلية .[2]

يتضح مما سبق أن مبدأ حسن النيّة يجد أساساً له في القوانين والشرائع القديمة, ثم تبلور في وضعه الحالي في القوانين الحديثة ومنها القانون الأردني و المصري و الإنجليزي موضوع الدراسة . وهو يتضمن المعاني ذاتها من تحريم الغش والتعسف والخداع , ووجوب إبرام وتنفيذ العقد وفقاً لما تقضي به العدالة وحسن النيّة والوفاء بالالتزامات المترتبة بصورة كاملة وغير منقوصة، ووجوب أن يبقى التعادل العقدي متوافراً وجواز تعديل الالتزام بسبب تغير الظروف، وأن يكون الباعث مشروعاً بحيث لا تتجه الإرادة لتحقيق أهداف غير مشروعة. وكل هذا يصب في فكرة الالتزام بمبدأ حسن النيّة في مرحلة تنفيذ العقد، والذي سيتم توضيح معناه ووظائفه وغاياته بصورة تفصيلية في الفصل الأول.

---

(1) بدوى، السيد، مرجع سابق، ص8.
(2) عيسى , محمد جمال (1999) . مفهوم العقد , دراسة مقارنة ,بين الفكر القانوني الغربي و الفقه الإسلامي , دار النهضة , القاهرة , مصر , ص 82 .

# الفصل الأول

## مفهوم مبدأ حسن النية وملازمته للعقد في القانون المقارن

إن مبدأ حسن النية من المبادئ الأساسية في القوانين المدنية وقد نصت عليه العديد من النصوص القانونية صراحة ، حتى انه بلغ حدا من الرسوخ انه في حال عدم النص عليه , يمكن الاستدلال عليه من خلال مظاهره كالالتزام بحدود القانون وعدم الالتجاء في التعامل _وخاصة في تنفيذ العقد _ إلى ما يخالف القانون كالغش والتواطؤ باعتبارها من مظاهر سوء النية .

وقد أصبح مبدأ حسن النية مبدأ مألوفا في أغلب التشريعات المدنية , وأصبح مقبولا كجزء لا يتجزأ من النظم القانونية سواء في الأردن أم مصر أم إنجلترا .حيث من الصعب إنكار وجوده ولكن الصعوبة تكمن في تعريف هذا المبدأ تعريفا جامعا مانعا ، وفي تحديد طبيعته واختلاف مفهومه عما يختلط به من مزايا أخلاقية كالنزاهة والأمانة , حيث يكون حسن النية في

النصوص القانونية تعبيرا عن حالة ذهنية إلى حد ما غامضة ، خاصة أن المشرع في الأردن ومصر وإنجلترا لم يضع تعريفا لهذا المبدأ ، وإنما أشار إلى تطبيقاته صراحة أو ضمنا وفرضه كرقيب على العقد في كل مراحله خاصة مرحلة تنفيذ العقد , لضمان تنفيذ العقد بطريقة تضمن لكل من المتعاقدين الوصول لحقه بطريقة قانونية وشرعية .

سيحاول الباحث في هذا الفصل عن طريق عقد مقارنة بين موقف المشرع الأردني والمصري والإنجليزي , بيان معنى مبدأ حسن النية وحدوده في محاولة لتعريفه وإلقاء الضوء على ارتباطه بمرحلة تنفيذ العقد وفكرة النظام العام . ويتكون هذا الفصل من مبحثين : الأول: هو مفهوم مبدأ حسن النية ويبحث في معنى مبدأ حسن النية وضرورته ، وتمييزه عن الباعث وعن الإرادة , ويركز في المطلب الثاني على بحث انتفاء الغش والتواطؤ وعدم التعسف في استعمال الحق وعدم الإخلال بالتوازن العقدي باعتبارها أسسا للأخذ بمبدأ حسن النية , ثم بيان وظائف هذا المبدأ .

أما المبحث الثاني : فسيبين فيه الباحث مدى ارتباط مبدأ حسن النية بمرحله تنفيذ العقد, باعتباره ضابطا لتنفيذ العقد بطريقة قانونية تحقق الغاية المشروعة منه ، وبيان ارتباط مبدأ حسن النية بفكرة النظام العام ، وهل يمكن اعتباره من المبادئ القانونية الأمر ه التي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها ؟

## المبحث الأول: مفهوم مبدأ حسن النية

لقد نصت القوانين الوضعية بما فيها القانون الأردني و القانون المصري و القانون الإنجليزي على مبدأ حسن النية , فحرمت كل فعل أو ترك يتعارض مع حسن النية ومقتضياته, و إن كانت لم تضع له تعريفا قانونيا محددا بل تركت أمر تعريفه للفقه و القضاء. فقد الزم المشرع المتعاقدين بمراعاته و الالتزام بمقتضياته , والزم القاضي بحل خلافات المتعاقدين في ضوء ما تمليه القوة الملزمة للعقد و حسن النية , فهو من الشمول و الفاعلية بحيث انه لا حاجة للنص عليه صراحة , إنما يطبقه القضاء من خلال مظاهره و من خلال النظم القانونية التي تلتقي معه كفكرة عدم التعسف في استعمال الحق و انتفاء الغش . وهذا ما يدلل على أهميته و ضرورته كمبدأ قانوني عام استقر في الحياة القانونية . و يرتبط مبدأ حسن النية بالمفاهيم الأخلاقية من صدق و أمانة و نزاهة و استقامة , ومع هذا فان القول باقترانه بمثل هذه المفاهيم لا يكفي لتحديد معناه القانوني , حيث إن معناه و ماهيته القانونية تنفصل عن معناه الأخلاقي أحيانا , لذلك كان لا بد من فهم معناه في تنفيذ العقود في المطلب الأول من هذا المبحث , من خلال

ربطه بالقواعد القانونية الراسخة كقاعدة القوة الملزمة للعقد , و التعامل معه على أنه مبدأ قانوني أكثر منه أخلاقي , و توضيح أهميته و تميزه عما يختلط به كالإرادة و الباعث , ومن ثم بيان أسس الأخذ به في المطلب الثاني من انتفاء الغش و عدم التعسف في استعمال الحق و الحفاظ على التوازن العقدي , و الانتقال إلى بيان وظائفه في تنفيذ العقود من إبقاء للعقد و المتعاقدين في إطار الشرعية و القانون .

## المطلب الأول: معنى مبدأ حسن النية وضرورته

في هذا المطلب سأتناول تعريف مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود , كونه مبدأ قانوني اكثر من كونه مبدأ أخلاقيا, بعد بيان الاتجاهات الفقهية التي تناولته , محاولة تحديد معناه , و ذلك من خلال توضيح ارتباطه بالقوة الملزمة للعقد و قاعدة العقد شريعة المتعاقدين , وصولا لتعريف مبدأ حسن النية . و في الفرع الثاني سيبين الباحث ضرورة و أهمية هذا المبدأ من خلال بيان علاقته و تأثره بالمفاهيم الأخلاقية السائدة في المجتمع المخاطب . أما الفرع الثالث فانه يبحث في تميز مبدأ حسن النية عن الباعث و عن الإرادة .

### الفرع الأول: معنى مبدأ حسن النية

كما سبقت الإشارة فان العقد هو اتفاق بين شخص أو أكثر مع شخص أو أكثر , يلتزم بموجبه طرف يسمى المدين تجاه آخر يسمى الدائن , بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

والعقد ينعقد بمجرد تطابق الإيجاب والقبول , إلا إذا قرر القانون أوضاعا معينة لانعقاده . [1] كاشتراط المشرع استيفاء شكل معين في بعض الأحيان. وبانعقاد العقد بتلاقي الإيجاب والقبول , يصبح شريعة للمتعاقدين يجب على المتعاقدين تنفيذه[2].

فالعقد كغيره من التصرفات يحتاج إلى نية , أي اتجاه إرادي نحو أمر معين , فكل فعل يسبق بعزم وتصميم على القيام به أو الامتناع عنه. فالنية أو القصد لغة هو اعتقاد العقل بفعل شيء وعزمه عليه دون تردد . والنية وإرادة الفعل مترادفان , فلم يفرق فقهاء القانون المدني بين النية والإرادة , حيث يقال عادة أن الرضا يتكون من إرادتين تندمج أحدهما في الأخرى , ويتكون منهما إرادة عليا تشتمل على هاتين الإرادتين , ومن ثم تكون هذه الإرادة العليا هي إرادة كل من الطرفين . فعند تمام الرضا يعتبران انهما أي المتعاقدان يريدان الشيء نفسه , وتسمى هذه الإرادة بالتعاقدية أو المشتركة أو النية المشتركة. فالإرادة في جوهرها حقيقة باطنة , مقدمتها اتجاه الإنسان بتفكيره إلى أمر معين , ثم تدبر هذا الأمر والاستقرار على إنجازه بعقد العزم وجزمه في هذا الاتجاه.[2]

إن النية اتجاه فكري و ميل نفسي إلى الفعل ,[3] يوحي أن المتعامل كان بين خيارات فضل منها ما وجده الأمثل عنده واطمأن إليه , وفي ذلك إشارة إلى معنى الحرية في الاختيار. كما أن الإدراك عنصر لازم لتحقق معنى الاتجاه , إذ إن الاتجاه لا يكون إلا عن علم بحقيقة الشيء موضوع الاتجاه , وجوهر المعرفة هو الإدراك فلا علم ولا معرفة بغير إدراك. كما أن وصف النية بأنها فكرية ينبئ عن الطبيعة الذاتية أو النفسية أو الداخلية للنية، كما يشير من ناحية أخرى إلى أن ما يجول في الذهن ذو طبيعة تصورية تبعد عن الطبيعة المادية للأشياء

---

(1) المادة (90) من القانون المدني الأردني والمادة (89) مصري.

(2) المادة (313) مدني أردني والمادة(199) مدني مصري. والعنبكي، مجيد (2001). مبادئ العقد في القانون الإنجليزي، (لان)، جامعة صدام، العراق، ص1.

(2) النشار، جمال (1999) . النية وأثرها في البناء في ملك الغير، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص 11-19.

(3) الدريني , نشأت (1982) . التراضي في عقود المبادلات المالية , الطبعة الأولى , دار الشروق , جده , السعودية , ص 50 .

محل التصور , ويستتبع ذلك أن ارتباط النية بغاية أو بموضوع ما هو إلا ارتباط تصوري وليس ماديا .[1]

والنية إلى هذا ليست إلا يقيناً بلغ العزم ولكنها لم تكتسبه، فالإرادة هنا انعقدت باتة على ما استقرت عليه , ولكنها إرادة ساكنة أو داخلية أو باطنية إذ افتقدت القدرة المحركة لها من عالم النفس الذي لا يحفل به القانون , لتخرجها إلى عالم الوجود الخارجي أو القانوني المعتبر لها. أو بمعنى آخر أنها افتقدت المظهر الخارجي الدال على وجودها في عالم المحسوسات , حتى إذا وجد ذلك المظهر كانت إرادة معلنة أو ظاهرة , فكانت النية مع العزم إرادة باطنة , وكانت النية مع العزم مع القدرة المتحركة أي المظهر الخارجي , إرادة ظاهرة.[2] فطالما بقيت النية كامنة في النفس و لم تخرج إلى العالم الخارجي بالإفصاح عنها فإنها لا ترتب أي اثر قانوني .[3]

على ما سبق تجب التفرقة بين النية بمعنى القصد أو الاتجاه الإرادي أو الإرادة الباطنة , وبين الإرادة بمعنى المظهر الخارجي الدال على النية، من ناحية أن الأولى نية منعقدة على تحقيق هدف معين وهي بهذا الوصف ذاتية أو داخلية أشبه ما تكون بالسكون لا يعتبرها القانون , أما الأخرى فهي نية منعقدة متحركة نحو هدفها تحركاً إيجابياً , يدل عليه ذلك المظهر الخارجي الذي يعلن عنها مستعينة في إعلانه بوسائل خارجية من قول أو فعل....[4]

أما مصطلح حسن النية في تنفيذ العقود فهو يختلف كما هو معلوم عن النية وعن الحسن إذا ما جُزّء هذا المصطلح . وأحيل فيما يتعلق بالنية إلى ما سبق , أما الحسن فهي كلمة تدل على ما هو أخلاقي ومحمود وغير قبيح أو غير مذموم ومرتبط بالخير . والحسن بعكس السوء , فالسوء هو كل ما يعتبر مذموم أو قبيح أو غير أخلاقي ومرتبط بالشر . وبجمع الحسن

---

(1) بدوي، السيد(1989) . نحو نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية ، مرجع سابق , ص27.
(2) بدوي، المرجع السابق، ص30.
(3) الدريني , نشأت , مرجع سابق , ص 51 .
(4) بدوي، مرجع سابق، ص31.

والنية في مصطلح حسن النية كمبدأ قانوني يتغير معناه ومدلوله . اذ ظهر هذا المبدأ في الحياة القانونية كمبدأ تجب مراعاته في تنفيذ العقود , وهو مبدأ مطاطي غير واضح المعالم في القانون الأردني والقانون المصري والقانون الإنجليزي , ومع هذا فقد استقر هذا المبدأ حد أنه يطبق من خلال مظاهره ومقتضياته دون حاجة للنص عليه , و لغايات بيان ذلك قسم هذا الفرع إلى ثلاثة غصون .

**الغصن الأول : اتجاهات تعريف مبدأ حسن النية :**

يُعتقد "أن محاولة وضع تعريف محدد لمبدأ حسن النية ليست من السهولة التي قد يتصورها البعض , وذلك لاختلاط فكرة حسن النية بالأخلاق في القانون , فهي فكرة غير محددة يشوبها الغموض وعدم التحديد , ذلك إن وحدة القياس في القانون تختلف عنها في الأخلاق . كما أن مفهوم حسن النية يختلف من حالة إلى أخرى , ففي نطاق التنفيذ يعني الاستقامة والأمانة , وفي كسب الحقوق يعني عدم العلم بالعيب الذي يشوب التصرف. ومن ناحية أخرى فإن فكرة حسن النية تختلط بمعاني أخرى تنبع من منبع واحد , إذ يتحدث الفقهاء بمناسبة الحديث عن حسن النية عن فكرة الجهل والغلط والخطأ , وجميع هذه الأفكار تنبع من داخل الإنسان أي أنها ذاتية , قياسها وتحديدها ليس هيناً لارتباطها بعواطف وأفكار و مشاعر الإنسان , التي تتفاعل وتتحرك من أجل تحقيق غاية معينة , تنتهي إلى قرار بعقد العزم عليه, ثم يترجم هذا القرار إلى واقع ملموس في العالم الخارجي , وهذا القرار المترجم قد يكون مشروعاً وقد يكون غير مشروع , فأين حسن النية من كل ذلك"[1].

و عليه يمكن القول أن محاولات تعريف مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود لم ترق إلى الحد الذي يجعل معنى مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود واضحاً ومحدداً , فلم تكن دقيقة و

[1] جمعه، نعمان، (لات)، أركان الظاهر كمصدر للحق، التنازع بين القانون والواقع المستقر، (لان)، (لام)، المنظمة العربية للتربية والثقافة، معهد الدراسات والبحوث العربية، ص134 _ ص130.

محددة في وضع تعريف قانوني لحسن النية, فقد استخدمت تعابير عامة وأخلاقية كالصدق والأمانة , هي أصلاً تحتاج إلى تحديد قانوني . فهناك من يرى بأن حسن النية هو" التعامل بصدق واستقامة وشرف مع الغير , بصورة تبقي ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة والعادلة التي أنشئ من أجلها , والتزم بها كل من طرفيّ العقد , بحيث لا تؤدي هذه الممارسة إلى الإضرار بالغير دون مسوغ مشروع , بل توصل كل ذي حق إلى حقه بأمانة" .(1) أو أن يُعرف حسن النية أنه " التزام اليقظة والإخلاص والنقاء من كل غش أو إيذاء للغير". أو أنه " الاستقامة والنزاهة , ومراعاة ما يجب أن يكون من إخلاص في تنفيذ ما التزم به المتعاقد".(2) كما أن هناك من يُعرف حسن النية على أنه" تصوير لتلك النوايا المتئدة الخالية من الصرامة والعنف , وذلك الاتجاه الرصين المقترن بالاعتدال والعطف , كل أولئك فيما يتوخاه المتعاقد مما يهدف إليه من تنفيذه عقده " .(3)

والواقع أن مثل هذه التعاريف يُعاب عليها كما أشرت إنها تستخدم عبارات عامة براقة, تتسم بعدم الوضوح والدقة , ولا تعطي معنى محدداً لمبدأ حسن النية. كما تشير إلى الآثار التي تترتب على التزام المتعاقد بمبدأ حسن النية , دون تحديد معنى أو ماهية هذا المبدأ ذاته . مع وجود هذه التعريفات , فقد ظهرت تعريفات أدق ومحددة أكثر , سأحاول حصر هذه الاتجاهات فيما يأتي :

**الاتجاه الأول :**

---

(1) العوجي، مصطفى (1995) . القانون المدني، العقد، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مؤسسة بحسون للنشر، بيروت ,لبنان ، ص 115.

(2) القاضي، محمد، مرجع سابق، ص24- ص28.

(3) عامر، حسين (1949) . القوة الملزمة للعقد، الطبعة الأولى، مطبعة مصر، القاهرة، مصر، 38.

ميز بين ثلاثة أنماط لمبدأ حسن النية , وميز على أساسها بين معيار كل نوع , وقال بوجود حسن أو سوء النية الشخصي والموضوعي والقانوني .[1]

**أولا : حسن النية الشخصي :**

وقد عنى بحسن النية الشخصي الجهل بواقعه معينة أو بظرف محدد من الظروف , التي تكون مناط ترتب الأثر القانوني . بحيث يختلف الحكم التشريعي المترتب اختلافاً متعارضا , تبعاً لتحقق الجهل أو العلم بتلك الواقعة أو ذاك الظرف.

وبهذا يكون معنى سوء النية تحقق يقين العلم بهذا الظرف أو تلك الواقعة على وجه الحقيقة , أو تحقق أمكان العلم أو استطاعته , حيث يقوم ذلك على سبيل الافتراض مقام تحققه حتى يثبت نقيضه. أي يقوم على افتراض تشريعي , وبهذا يكون أقرب لسوء النية القانوني.

ومدخل حسن النية أو سوء النية الشخصي هو ذات الشخص المطلوب الحكم على تصرفه بالحسن أو السوء , إذ يجب أن نبحث في تلك الذات عن حقيقة الاتجاه الإرادي , و تحديد تحقق أحد الوصفين تبعاً لما تشير إليه قرائنه الدالة عليه.

ويبدو أن الطبيعة الذاتية لوصف الحسن أو السوء تكون متحققة , حين يكون مناط الوصف متمثلاً في تحقق العلم أو الجهل الفعلي بالواقعة أو التصرف محل التعويل التشريعي في ترتيب الحكم. أما حيث يكون مناطه هو إمكان العلم فليس من شك في أنها لا تتحقق في تلك

---

([1]) بدوي , مرجع سابق، ص 74- ص101.

الحالة , حيث لا يقوم إمكان العلم على طابع ذاتي , وإنما يلتمس في تحققه مسلك وسط مجرد , ينظر فيه إلى مسلك الرجل المعتاد , ويحكم على وفقه على مسلك المطلوب الحكم على تصرفه , وإلى هذا الحد يكاد يخرج هذا المفهوم معنى حسن النية هنا عن معناه الشخصي.

والمشرع يقيم في تحديد وصف النية القائم على إمكان العلم على المتعامل التزاماً باليقظة , يجعل حده الأدنى مسلك الرجل المعتاد المتواجد في الظروف ذاتها , بحيث يلتزم المتعامل أن يسعى جهده نحو تحقيق ذلك القدر من العلم . واعتبر أن من لم يبلغ حد ذلك الالتزام.. إما انه قد علم حقيقته وأدعى عدم علمه فيكون سئ النية , وإما أنه قد قصر في استجماع وتحصيل ذلك العلم قصوراً ينزله منزلة سئ النية.(1)

**ثانيا : حسن النية الموضوعي :**

أما حسن أو سوء النية الموضوعي بحسب هذا الرأي , فإنه يرتبط بمدى مراعاة مقتضيات حسن النية أو عدم مراعاتها , حتى إذا أتى المتصرف بتصرفه على وفق تلك المقتضيات كان حسن النية , وإذا ما أتى بتصرفه على خلافها كان سيئ النية. وتقوم مقتضيات حسن النية على دعائم أخلاقية ثابتة ومبادئ دينية تؤمن بها الجماعة , وتمثل بالنسبة لها مجموعة القيم والمثل التي تهيمن على تعاملاتها , ولهذا تنظر إلى مقتضياتها كمبادئ سامية تتصف بالعموم والتجريد , فترفعها في عرفها إلى مقام القواعد القانونية , حتى لو لم يتضمنها نص تشريعي.

ومدخل سوء أو حسن النية هنا ليس مدخلاً شخصياً , ينظر فيه إلى مدى علم أو جهل المتعامل بواقعه معينه تكون محل تعويل المشرع في تقرير الحكم، وإنما المدخل هنا مدخل موضوعي بحت , ينظر فيه إلى مدى اتفاق التصرف ومخالفته لمقتضيات حسن النية , وينبني

---

(1) بدوي , مرجع سابق , ص 73 – ص 79 .

على ذلك أن مخالفة مقتضيات حسن النية تتحقق لمجرد صدور التصرف على خلاف ما تقضي به تلك المقتضيات , دون نظر لما إذا كان المخالف يعلم بالمقتضى الذي خالفه أو لا يعلم.

وإذا كان الفقه يسلم بأن مبدأ حسن النية يعد ضابطاً للعقود , فإن ذلك يستلزم منه أن يسلم بالضرورة بأن وصف الحسن المقول به في هذا النطاق , تكون له مقومات موضوعية , إذ أن مثل هذا الضابط يجب أن يكون واضح الحدود محدد المعالم , حتى يصلح أن يقال به كضابط . وهو لا يكون كذلك إلا أن تكون مقوماته موضوعية لا شخصية , ومن هنا كان وصفنا لحسن النية التنفيذي كضابط للعقود على أنه حسن نية موضوعي وليس شخصياً.

ويرى هذا الرأي أن الفقه يؤيد هذا التوجه الموضوعي في مجال تنفيذ العقود , بأن الفقه حين يورد أمثلة على حسن النية التنفيذي نراها تترجم في معناها أحد مقتضيات حسن النية , فمقتضيات حسن النية دائماً موضوعية النزعة , لأنها أحكام كلية مجردة كالوفاء بالعهد والأمانة والثقة المشروعة وشرف التعامل ونحوها.

وقد انزل المشرع المصري في المادة (150 مدني) الخاصة بالتفسير معيار حسن النية الموضوعي منزل التطبيق .[1] وأيضاً في نظرية الغلط في بيان جوهرية الصفة , إذ قضى في المادة (2/121 مدني مصري) بأن" الغلط يعتبر جوهرياً الأخص إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين , أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن النية". وفي بيان نطاق التمسك بالغلط , نصت المادة (124) من القانون المدني المصري على انه : " 1) ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما

---

([1]) تقابلها المادة (239) من القانون المدني الأردني وهي تتضمن ذات المضمون.

يقضي به حسن النية , 2) ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه , إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد".[1]

تجدر الإشارة أخيراً إلى أن حسن النية الموضوعي الذي يقوم على أساس من مقتضيات حسن النية تتحدد وتنحسر فيه سلطة القاضي , ويخضع فيها القاضي لرقابة النقض على عكس الحال في حسن النية الشخصي.[2]

**ثالثا : حسن النية القانوني :**

والنوع الثالث بحسب هذا الرأي هو حسن أو سوء النية القانوني , ويقوم هذا على فرضية تشريعية يتعين على المتعامل مراعاتها , حتى إذا أصاب حكم القانون كان حسن النية, وإذا لم يصبه كان سيئ النية , بصرف النظر عن حقيقة الواقع , وما إذا كان المتعامل يجهل وجود القاعدة القانونية التي تخاطب تصرفه أو كان يعلمها , وبصرف النظر عما إذا كان يقصد حقيقة مخالفة القانون أم لم يقصده , ذلك أن حقيقة الاتجاه الإرادي ذاته , وما إذا كان المتعامل يقصد الالتزام بحكم القانون لا يعول عليه , طالما تحققت مخالفة القاعدة القانونية فعلاً.

إن وصف الحسن والسوء القانونيين لا يقومان إلا مع وجود نص قانوني آمر , وعليه فإن المشرع هنا يفرض وصف سوء النية لمجرد الإخلال بالالتزام القانوني الآمر , وبهذا المعنى ينفك ارتباط مبدأ حسن النية بقواعد الأخلاق.

وأكثر ما يبدو وصف حسن النية القانوني , حيث يتطلب المشرع إجراء معيناً يستلزمه على سبيل الحتم لنفاذ التصرف . إذ يكون المشرع بهذا الإجراء قد أوجد على عاتق المتعامل

---

([1]) المادة (156) من القانون المدني الأردني .
([2])بدوي , مرجع سابق , ص 89 –ص 100 .

التزاماً بالبحث والتحري والاستقصاء لحقيقة الأمر قبل الإقدام عليه. ولا يقبل المشرع من المتعامل أن ينزل في سعيه عن الحد الذي يدرك به تلك الحقيقة , والتي قد تيسرت بذلك الإجراء الذي تطلبه المشرع وجعله سبيل علم الكافة , فإذا ما قصر المتعامل عن السعي كان مقصراً قصوراً ينزله المشرع منزل سوء النية.

ويعني هذا أن المشرع كلما رسم طريقاً للعلم بتصرف معين , فلا يجوز استظهار العلم إلا بهذا الطريق . فالتسجيل مثلاً طريق لشهر انتقال الحقوق العينية العقارية الأصلية , فلا يكون انتقال هذه الحقوق نافذاً في حق الغير إلا عن طريق التسجيل.

ففي مثل هذه الأحوال فإن مجرد القصد لا يكفي لتحديد معنى حسن النية القانوني , فلا يعبأ المشرع في تقرير الحسن أو السوء بالجهل أو العلم , كما لا يعبأ في تقريرهما بموافقة أو مخالفة مقتضيات حسن النية , إذا ما هو يربط الوصف بثبوت تلك الظروف التي يراها قاطعة في الدلالة عليه أو بعدم ثبوتها . ومن ذلك ما قضى به المشرع المصري في المادة (2/104 مدني) من اعتبار الموكل سيء النية إذا ما أدعى جهله لظروف , كان من المفروض أن يعلمها , فقد حظر عليه المشرع أن يتمسك بجهل وكيله لظروف كان من المفروض حتماً أنه يعلمها[1].

يلاحظ على هذا الاتجاه في تحديد معنى حسن النية أنه لم يتعرض لنية الأضرار كمؤشر حقيقي على سوء النية من خلال تفصيله لأنواع حسن النية . "وأعتبر أن نية الأضرار ليست عنصراً متطلباً للقول بسوء النية , إذ يتحقق سوء النية ولو لم يكن ثمة اتجاه للإضرار بالمتعاقد الآخر أو الغير , وإنما يلزم ويكفي لتحقق سوء النية أن يكون هناك اتجاه إرادي مقصود لإحداث الفعل أو الترك غير المشروع فحسب , دون أن يمتد هذا الاتجاه المقصود إلى

---

[1] تقابلها المادة (111م2) من القانون المدني الأردني.

النتيجة"[2]. كما أن هذا الاتجاه حصر معيار حسن النية التنفيذي بالموضوعي دون الشخصي , فكان هذا بحسب رأي الباحث مما يعيب هذا الاتجاه في تحديد معنى حسن النية فالمتعاقد الذي يتجه قصده إلى الفعل أو الترك غير المشروع , يفترض بأنه قصد الفعل والنتيجة , وقصد الإضرار بالمتعاقد الأخر حتى لو كان بطريق الإهمال , إذ أن المتعاقد البالغ الراشد يعي حقيقة ما يفعله ويقدر نتيجته , خاصة أن المشرع فرض على المتعاقد توخي اليقظة والتبصر وفقاً لسلوك الرجل المعتاد. وهذا ما يؤكد أن معيار قياس حسن النية من سوءها شخصي , إذا ما أفترض أن نية الأضرار من سوء النية دون الاستغناء عن المعيار الموضوعي.

**الاتجاه الثاني :**

كما ظهر اتجاه آخر لتحديد مضمون حسن النية في التصرفات القانونية, يرى " أن حسن النية في التصرفات القانونية هو الجهل المبرر بواقعة معينة , يرتب عليها الشارع أثراً قانونياً , كالجهل بالعيب الذي يجعل التصرف غير فعال , مثل من يشتري قطعة أرض , وهو يجهل أنه يشتريها من غير ذي صفة فهو اعتقاد مغلوط. وبناء على ذلك يكون سوء النية هو العلم بواقعة معينة يرتب الشارع على العلم بها أثراً قانونياً , كمن يتلقى حقاً وهو يعلم أنه يتلقاه من غير ذي صفه , سواء أكان العلم بسيطاً أو في صورة تواطؤ. وسوء النية وفقاً لهذا الاتجاه يطابق الخطأ العمد وفقاً لقواعد الأخلاق , لأنه قد ينطوي على الغش والأضرار , وقواعد الأخلاق تأبى ذلك . ويفترض هذا الاتجاه لاعتبار المتعاقد حسن النية أن ينتفي في جانبه أي خطأ عمدي أو غير عمدي , إذ الخطأ بجميع صوره يتعارض مع حسن النية. ذلك أن القانون عندما يقرر حماية للأشخاص ذوي النية الحسنة إنما يقصد الأشخاص الذين لم يتعمدوا الإضرار بالغير , والذين لم يقصروا ويهملوا في تصرفاتهم حتى لا تسبب الإضرار بالغير. إذ ليس منطقياً بحسب

---

[2] بدوي، السيد، مرجع سابق، ص 113.

هذا الرأي أن يحمي القانون المهملين والمستهترين وذوي الغفلة. ولما كان الوهم أو الجهل الذي وقع فيه الغير يعتبر حالة ذاتية ونفسية خاصة به يصعب إقامة الدليل عليها أو على عكسها , لذلك وجب الالتجاء إلى معيار موضوعي أي معيار رب الأسرة الحريص. وبهذا فإن حسن النية يقاس بمعيار موضوعي واحد , ورائده في ذلك استقرار المعاملات , والبعد عن مشقة البحث في العوامل النفسية الداخلية ".[1]

ويجد حسن النية بهذا المعنى سنداً له في بعض النصوص والأحكام القانونية , كنص المادة (1176) من القانون المدني الأردني يعد حسن النية من يحوز الشيء , وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير , ويفترض حسن النية ما لم يقم الدليل على غيره . ولا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذي يصبح فيه عالماً أن حيازته اعتداء على حق الغير , ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته في صحيفة الدعوى .[2]

**الاتجاه الثالث :**

يرى أن حسن النية هو" الغلط المبرر والمشروع , وحسن النية لا تتوافر هنا إلا بانتفاء أي خطأ من جانب الغير , وهو بهذا يختلف عن الجهل الذي يكون فيه الشخص غير عالم بواقعة معينة , بينما الغلط هو وهم و اعتقاد مخالف للحقيقة , فهو يفترض غياب الحقيقة, وحلول فكرة غير صحيحة محلها في ذهن الموهوم . ويعني بذلك الخطأ القانوني الذي تقوم به المسؤولية المدنية , وهو يشمل إضافة إلى الخطأ العمدي الخطأ غير العمدي , فيكون سيئ النية من كان قاصداً الإضرار وتحقق في تصرفه معنى الغش , وكذلك من يتسبب في إصابة الغير بضرر بإهماله أو عدم احتياطه . ويأخذ هذا الرأي بمعيار موضوعي "معيار رب الأسرة الحريص" ,

---

(1) القوني، مرجع سابق، ص81 _ص 83 .
(2) المادة (1/965) من القانون المدني المصري.

باعتباره معياراً موضوعياً , يتحدد به معنى حسن وسوء النية في حالة الجهل المبني على الإهمال أو عدم الحيطة ".[1]

**الاتجاه الرابع :**

هذا الاتجاه في تحديد معنى حسن النية يقول بأن حسن النية " ليس الجهل بالعيب ولا هو الغلط المبرر أو المشروع , فشتان بين هذه الأمور وحسن النية . ذلك أن هذه العناصر سواء أكانت جهلاً أو غلطاً أو خطأ هي جميعها عناصر متصلة , وقد تلتقي في بعض الفروض إلا أن التطابق بينها ليس دائماً وكاملاً. فالجهل عبارة عن عدم العلم , والغلط وهم يقوم في نفس الشخص يصور له الحال على غير حقيقته , والخطأ سلوك مدان ومعيب لبعده عن الصواب فأين حسن النية من هذه الأمور .[2]

ثم يعتمد هذا الاتجاه في بيان حسن النية على تحليل مصطلح حسن النية , قائلاً أن النية هي القصد وعزم القلب على شيء معين, ومن ثم فهي إرادة باطنه طالما أن صاحبها لم يعبر عنها بقصد إنتاج أثر قانوني . ويتم الاستدلال عليها بطريق غير مباشر , عندما يلابسها تصرف خارجي للشخص , وإلا فإن القانون لا يعتد بها ولا يرتب عليها أثراً. هذا عن النية أما الحسن والسوء فهما عبارة عن أحكام اجتماعية ترتبط بالقيم السائدة في مجتمع معين. ويمكن تحديد الحسن في الأمانة والاستقامة والنزاهة , والسوء في الخيانة والغش والكذب والغدر والرياء والظلم . وعلى ذلك يكون الشخص حسن النية إذا هو سلك الطريق السوية في تصرفاته والتي

---

([1]) بدوي، السيد، مرجع سابق، ص 531- ص532.
([2]) جمعه، نعمان، ، أركان الظاهر كمصدر للحق، التنازع بين القانون والواقع المستقر، مرجع سابق ، ص134.

تتمثل في الأمانة وبابها , ويكون سيئ النية إذا سلك الطريق غير السوية التي تتمثل في الخيانة وبابها .[1]

ويضع هذا الاتجاه تعريفاً لمبدأ حسن النية , وإن اختلف بعض الشيء عن معناه الأخلاقي , و هذا التعريف هو "قصد الالتزام بالحدود التي يفرضها القانون" . ونقول قصد الالتزام وليس الالتزام ذاته , إذ قد يقصد المرء الالتزام بحدود القانون , ورغم ذلك تقع منه المخالفة لعدم إدراكه لكل حقائق الموضوع أو لجهله بالقانون , وإما لأنه لم يتخذ كل ما يلزم من احتياطات . فقصد الالتزام شيء مستقل عن التحقيق الفعلي لهذا الالتزام .[2]

وعليه فإن هذا الاتجاه يخرج من إطار حسن النية حدوث الضرر للآخرين نتيجة الإهمال وعدم الاحتياط , إذ أن سوء النية يتحدد بأنه عدم قصد الالتزام بحدود القانون فهو موقف عمدي , ويدخل فيه الغش وقصد الإضرار. ويؤخذ على هذا الاتجاه أنه يترتب عليه إغفال ما يستوجبه القانون من التزام بالسعي نحو التحري والاستعلام والاستقصاء , وهو التزام قانوني ينزل الإخلال به منزل سوء النية .[3] كما أن الإهمال أو عدم الاحتياط وإن كان يشكل موقفاً سلبياً , إلا أنه كأي فعل أو ترك يتحرك بنية قد تكون حسنه وقد تكون سيئة , رغم أن هذه النية لم تتجه إلى الإضرار بالغير بشكل عمدي , إلا أنها قصرت وأهملت حين كان يجب أن تتخذ موقفاً إيجابياً لذلك تتخذ صفة السوء.

**الاتجاه الخامس :**

و هو الاتجاه الأخير في محاولة وضع تعريف قانوني لمبدأ حسن النية , " فهو الذي يحدد حسن النية لدى المتعاقد على أساس انتفاء العنصر المعنوي للخطأ , بنوعيه العمدي و

---

(1) القوني، مرجع سابق، ص86.
(2) جمعه , أركان الظاهر , مرجع سابق , ص 135 .
(3) بدوي، مرجع سابق، ص 107- ص108.

غير العمدي . واعتبر هذا الرأي أن حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد , ما هو إلا انعدام الركن المعنوي للخطأ , على اعتبار أن الخطأ لا يقوم إلا بتوافر عنصرين , مادي يتمثل بالواقعة المادية أي الفعل أو الترك , و العنصر المعنوي هو النية التي دفعت المتعاقد للقيام بذلك الفعل أو الترك . فإذا كانت هذه النية حسنة و لا تتضمن نية الإضرار بالمتعاقد الأخر , ينتفي بذلك الخطأ العمدي في جانبه , و بالتالي يكون المتعاقد حسن النية لانتفاء العنصر المعنوي للخطأ المتمثل بنية الإضرار . و بحسب هذا الرأي فان المتعاقد حتى يتصف بحسن النية , لا يكفي منه أن تنتفي نية الإضرار لديه , بل عليه أن لا يهمل وأن يتيقظ و يتبصر بحيث لا يلحق ضررا بالمتعاقد الأخر دون قصد , بمعنى أن ينتفي الخطأ غير العمدي من جانب ذلك المتعاقد. و يرى هذا الاتجاه أن حسن النية يقاس بمعيارين شخصي و أخر موضوعي , يلجا إلى المعيار الذاتي أو الشخصي للكشف عن نية المتعاقد أي عن العنصر المعنوي للخطأ العمد, فإذا توافر الخطأ العمد عد المتعاقد سئ النية . ويرجع بحسب هذا المعيار إلى شخص المتعاقد و ظروفه الخاصة لمعرفة حقيقة نيته . أما فيما يتعلق بسوء النية القائم على الإهمال و قلة الاحتراز فانه يقاس بمعيار موضوعي , لا يرجع فيه إلى ظروف المتعاقد الشخصية , بل يقاس سلوكه بحسب المألوف و بحسب سلوك الرجل المعتاد ".[1]

وبالنظر إلى ما قيل في الآراء سابقة الذكر فان الباحث يرجح الرأي الأخير , و يرى انه الأقرب لتحديد مفهوم حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد , إذ إن الخطأ في تنفيذ العقد هو اكثر ما يبحث في هذه المرحلة , لانه يمثل حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته و بالتالي عدم الالتزام بحسن النية . و مما يؤيد ترجيح هذا الرأي انه اعتمد في تقدير حسن النية على معيارين المعيار الذاتي و المعيار الموضوعي , فلم يعتمد على معيار دون آخر كما فعلت الاتجاهات الأخرى , حيث

---

([1]) الملا , صالح , مرجع سابق , ص 31_ ص49 .

فرق بين تعمد عدم التنفيذ و الإهمال في التنفيذ . إلا أن القول بانعدام العنصر المعنوي للخطأ كتعريف لحسن النية , يقصر من شمولية مبدأ حسن النية , و يحدد نطاق عمله , و لا يربطه بالقوة الملزمة بشكل واضح , رغم وجوب ذلك . فالخطأ و إن كان يشكل إخلالا بمبدأ حسن النية و يلتقي معه , فهو لا يعبر عن مفهوم كامل ومتكامل لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود , بينما ربط مفهوم حسن النية بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين و القوة الملزمة للعقد , قد يعطيه مفهوما أدق و أوضح و اشمل من مجرد ربطه بفكرة الخطأ , و ما تحرر المتعاقد من بعض التزاماته في ظروف خاصة كحالة الضرورة و القوة القاهرة , إلا رخص و حالات قدرها المشرع , لا تشكل بنظره خروجا على حدود القوة الملزمة للعقد , على عكس الحال إذا ما كان الخروج عن هذه الحدود عمديا أو اهماليا .

**الغصن الثاني :خصائص و معيار حسن النية :**

يبحث هذا الغصن خصائص و معيار قياس حسن النية :

**أولا : خصائص حسن النية :**

ولكن بالرغم من الاختلاف في تحديد معنى ومضمون حسن النية , إلا أنه يمكن القول إن لحسن النية عدة خصائص , تلمح في جميع الاتجاهات سابقة الذكر." حيث إن حسن النية يُعتبر ذو طبيعة ذاتية في أصله ,[1] ذلك انه ينبع من ذات الشخص المطلوب الحكم على تصرفه بالحسن أو بالسوء , فهو عنصر نفسي داخلي يستدل عليه بطريقتين أحدهما : ملابسته لتصرف معين فيتم معرفته من متن التصرف وصورته الظاهرة . وثانيهما : القرائن والإمارات الموضوعية الظاهرة , التي تحيط بالتصرف نشأة وتنفيذاً. كما أن حسن النية يعد موقفاً عمدياً لأنه نابع من النية , التي هي قصد وعزم وقرار والقرار من المواقف العمدية الإيجابية , وعليه فلا

---

([1]) قرة , فتحية . (1986) أحكام الوضع الظاهر ,منشأة المعارف , الإسكندرية , مصر , ص 83 .

يمكن إعطاء وصف الحسن أو السوء لمجنون أو طفل غير مميز مثلاً. ولا يمكن تقديره إلا بالرجوع إلى ذات الشخص وبصدد واقعه معينة , ويفترض أن الإنسان حسن النية إلى أن يثبت العكس فلا يفترض سوء النية" .[1]

**ثانيا معيار حسن النية :**

فيما سبق اتضح موقف كل اتجاه من معيار حسن النية واجب التطبيق , فمنها ما اعتد بالمعيار الذاتي دون الموضوعي في حالة , أو بالموضوعي دون الذاتي , ومنها ما اعتد بالمعيار الموضوعي والذاتي معاً باعتبارهما متكاملين.

**_ المعيار الذاتي :**

و يقصد بالمعيار الذاتي لمبدأ حسن النية "اتجاه نية المتعاقد إلى التقيد بأحكام القانون، والقيم الأخلاقية و الاجتماعية و إلى أن يسلك سلوكا جمعيا متفقا و تلك القيم ومقتضيات حسن النية ",[2] وعدم التحايل سواء بإبرام العقد أم تنفيذه , فلا يكون بنية المتعاقد الإضرار بالغير أو تحقيق مصلحة غير مشروعة. كما يندرج تحته حالة العلم أو الجهل بواقعه معينة , التي يرتب عليها القانون أثراً من الآثار ذلك أن العلم بالشيء كالقصد إليه. إذ يجب في هذا المعيار البحث والتحري عن قصد المتصرف , والتأكد من حقيقة الاتجاه الإرادي , لتنتهي إلى وجود حسن النية أو سوئها . وهذا ليس بالأمر العسير إذ كما تقوم قرائن على وجود النية أو عدم وجودها , تقوم كذلك على الوصف بالحسن أو السوء وغالباً ما تكون القرائن التي تدل على الوصف أسهل من

---

(1) جمعه , نعمان , أركان الظاهر , مرجع سابق , ص 135 _ص 136 .
(2) أبو زيد , محمود (1994) . علم الاجتماع القانوني , الطبعة الثانية , مكتبة غريب , الفجالة , (لام) , ص 207 _ ص213 .

التي تدل على وجود النية , لأن النية موجودة ولم يبق سوى أن يوجد قدر من الفطنة والذكاء في إدراك وصفها . ولما كان المعيار الذاتي لحسن النية يكمن في نية الإضرار أو نية التحايل , وكانت النية من الأمور الخفية المستترة , و يصعب على القاضي أن يغوص في خلجات النفس وبواعثها الحقيقية , لذا لجأ الفقه والقضاء إلى قرائن , يمكن من خلالها معرفة نية المتعاقد وقصده , كالتصرف مع انعدام المصلحة الجدية المشروعة , أو التصرف مع العلم بالضرر الذي يصيب الغير طالما كان مبنياً على أسباب قوية تدل على نية الإضرار , فالعلم الظني بالضرر الذي يصيب الغير لا يعتبر قرينة على نية الإضرار .[1]

**_المعيار الموضوعي :**

أما المعيار الموضوعي لمبدأ حسن النية فيقصد به" تنفيذ الالتزام بصورة تتفق وأحكام القانون وقيم المجتمع وأخلاقياته و أن يكون السعي في ذلك جديا ,[2] بحيث يكون تصرف المتعاقد مقبولا بنظر القانون و قيم المجتمع ".[3] ذلك أن القانون لا ينظر إلى صحة التصرفات أو عدم صحتها بناء على ما يعتقد المرء فيها , بل يجب أن تكون مقبولة بنظر القانون , ويجد هذا المعيار أساسه في العدالة والأخلاق كما هو الحال في المعيار الذاتي. وهذا المعيار يستلزم من المتعاقد أن يكون يقظاً حريصاً في تصرفاته حتى لا تضر بالآخرين . ذلك أن قواعد الأخلاق والعدالة كما لا تقر نية الإضرار بالغير _سوء النية الذاتي_ , لا تقر كذلك الإهمال و التقصير أي سوء النية الموضوعي. ويستلزم هذا المعيار من المتصرف أن يكون أميناً ومخلصاً في إبرام تصرفاته وتنفيذها , وهذا ما نصت عليه المادة (148) من القانون المدني المصري

---

(1) القوني، مرجع سابق، ص 294 _ ص303 .
(2) منصور , محمد (2006) . المسئولية الالكترونية , منشأة المعارف , الإسكندرية , مصر , ص 51 .
(3)رشوان , حسين (2003) . القانون و المجتمع , دراسة في علم الاجتماع القانوني , المكتب الجامعي الحديث , الإسكندرية , مصر , ص 145 –ص 147 .

والمادة (202) من القانون المدني الأردني "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية" .[1]

**الغصن الثالث : رأي الباحث و المعيار الواجب اعتماده :**

**أولا :رأي الباحث :**

يخلص الباحث إلى أن التعريفات المشار إليها قد لا تكفي لتحديد معنى حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد , إذ إن ما يطلب من المتعاقد في مرحلة الإبرام أو التفاوض يختلف عنه في مرحلة التنفيذ , وإن كان المشرع ألزم المتعاقدين مراعاة ما يوجبه حسن النية في كل المراحل العقدية . فهناك من قصر معناه في مرحلة التنفيذ على الغش ونية الإضرار , وعلى التدليس في مرحلة الإبرام . إذ إن مضمون حسن النية في مرحلة الإبرام وفي مرحلة التنفيذ , وإن كان يتفق في وجوب الالتزام بمقتضيات حسن النية من أمانة وصدق واستقامة وشرف , إلا أن معناه الدقيق والمحدد مختلف فيما بين المرحلتين الإبرامية والتنفيذية. كما و يعاب على بعض الاتجاهات السابقة أنها قصرت معيار حسن النية على المعيار الذاتي دون الموضوعي أو الموضوعي دون الذاتي , على الرغم من أن حسن النية يقاس بكلا المعيارين فلا يقتصر الأمر على معيار دون أخر . إذ يصعب تحديد مفهوم حسن النية التنفيذي بشكل كامل ومحدد وفق أحد الاتجاهات السابقة , وإن كان قد يصلح لتحديد معناه في مرحلة الإبرام أو في كسب الحقوق

---

([1]) القوني، مرجع سابق، ص306-ص 307.

أو في تحديد مفهوم قانوني عام لمبدأ حسن النية . فلا يمكن قصر معنى حسن النية على الجهل بالعيب أو على الغلط المشروع , أو قد لا يستطاع تعميمها ومدها إلى حسن النية التنفيذي.حيث أن حسن النية في مرحلة تنفيذ العقود يتخذ مضموناً قد يكون أدق وأوسع عند توضيحه , وتوضيح ارتباطه بفكرة القوة الملزمة للعقد و الإخلال بتنفيذ الالتزام , و عليه فان الباحث يعتقد أن الوقوف على حقيقة هذا الارتباط قد يقودنا إلى تحقيق الهدف المنشود و تحديد المقصود بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد , فهناك ارتباط وثيق بين القوة الملزمة للعقد وحسن النية , فما هي طبيعة هذا الارتباط ؟

هناك علاقة وثيقة بين مبدأ حسن النية و قاعدة القوة الملزمة للعقد , التي تفرض على المتعاقد تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد بحسن نية . و قد ظهر هذا الربط بين القوة الملزمة للعقد و مبدأ حسن النية , من خلال النص عليه في القانونين المدنيين الأردني و المصري صراحة . فقد نصت المادة (2/199) من القانون المدني الأردني على انه " يجب على كل من الطرفين الوفاء بما أوجبه العقد عليهما ". و نصت المادة (202) من القانون المدني الأردني على انه " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه , و بطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية " , و في الفقرة الثانية قرر المشرع الأردني انه " لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه , و لكن يتناول ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف و طبيعة التصرف " .[1] و المشرع الأردني بهذا قرر قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين , وانه يكتسب قوته الملزمة بتوافق إرادتي طرفي العقد , و يصبح قانونا خاصا بهما , يجب تنفيذه بحسن نية, و بين حدود هذه القوة من حيث الموضوع و الأشخاص . و أن الالتزام بحسن النية في التنفيذ يجد أساسه وحدوده في القوة الملزمة للعقد , وهذه القوة لا تفرض على المتعاقد أداء الالتزام كواقعة مادية فقط كفعل تسليم

---

([1]) تقابلها المادة ( 147 _148) من القانون المصري .

المبيع , بل أن هناك أصولا فنية , قانونية و أخلاقية , تتفرع عن القوه الملزمة يجب على المتعاقد أن يلتزم بها , إذا أراد أن يكون تنفيذه للعقد قانونيا يتفق و حسن النية , و بالتزامه بهذه الأصول يكون قد نفذ التزامه بحسن نية . و قد أكدت محكمة التمييز الأردنية هذا المعنى حين قضت " أن سلوك المدعي الذي ينطوي على سوء نية خلافا لأحكام المادة(202) من القانون المدني , التي توجب الالتزام بحسن النية عند التنفيذ سلوكا تأباه الأخلاق و العدالة فضلا عن القانون " .[1] فمحكمة التمييز بذلك تكون قد ألزمت المتعاقد بما تفرضه الأخلاق السائدة في المجتمع حتى لو لم تكن مقننة بنص .

فإذا انعقد العقد مستوفيا لشروطه و أركانه و كان نافذا و لازما , ترتب عليه حكمه و وجب على طرفيه الوفاء بما يلزمهما من حقوق . و سبب هذا الإلزام هو الرابطة العقدية التي يحميها مبدأ القوة الملزمة للعقد , و القائم على فكرة أن العقد شريعة المتعاقدين , التي تعني أن الالتزام الذي ينشا من العقد له قوة الالتزام الناشئ من القانون . و مبدأ القوة الملزمة للعقد يعني وجوب تنفيذه و عدم قدرة المتعاقد أن يرجع عن هذا التنفيذ .[2] و كما أن القانون له قوته الملزمة , فان للعقد قوته الملزمة , التي يجب أن تتم بحسن نية . بمعنى أن العقد إنما يكون شريعة للمتعاقدين , طالما انه قد نفذ في الحدود التي يبيحها القانون من ناحية عدم مخالفته للنظام العام و الآداب . حيث إن للأفراد أن يتفقوا على تنظيم ما يرون من العلاقات فيما بينهم , بشكل لا يتعارض و النظام العام و الآداب . و بذلك يضمن المشرع للعقد بوصفه أداة لتبادل المنافع القوة و الاستقرار

---

(1) تمييز حقوق 2002/2253 تاريخ 2002/9/23 , منشورات عدالة , المنشور في مجلة نقابة المحامين , ص 2309 , و القرار 2002/1051 , و القرار 2001/3214 .

(2) السرحان , عدنان و خاطر , نوري (2002) . مصادر الحقوق الشخصية ,الالتزامات , دراسة مقارنة ,الطبعة الأولى , دار الثقافة , عمان , الأردن , ص 243 .

, ليطمئن الناس على معاملاتهم ,[1] الأمر الذي يشكل إعمالا لمبدأ حسن النية , بل إن هذا وظيفة من وظائف مبدأ حسن النية .

فحتى يكون تنفيذ المتعاقد لالتزامه مقبولا من وجهة نظر القانون و المجتمع , يجب أن يكون ذلك التنفيذ ضمن الأصول الفنية المشار إليها قانونية كانت أو أخلاقية . فالبائع في عقد البيع مثلا , لا يلتزم بمجرد تسليم المبيع فقط , بل عليه أن لا يصدر منه أي فعل أو ترك قد يلحق الضرر بالمتعاقد الأخر عمدا أو إهمالا , بان يبذل العناية اللازمة لتحقيق مهمة العقد المشروعة , و أن يسلم كل مستلزماته . فلا يقدم على فعل من شانه إتلاف المبيع بعد أن خرج من حيازته , و عليه أن يسلم المبيع و ملحقاته حتى لو لم يتضمن العقد شرطا صريحا بشأنها , وقيامه بمثل هذه الأفعال يخرجه من دائرة سوء النية , فلا يغش و لا يتعسف و لا يخل بالتوازن العقدي . و هذا أمر لا يقتصر على المتعاقد فقط بل يشمل القاضي و الغير أيضا , حيث إن قاعدة القوة الملزمة بما توجبه من التزام حسن النية في التنفيذ , " تخاطب المتعاقدين و القاضي و الغير , ذلك أن احترام العقد واجب عليهم جميعا طالما انه قد تم ضمن حدود القانون و المشروعية ".[2]

و بذلك يمكن القول إن تنفيذ الالتزام الناشئ عن أي عقد , لا يقتصر على القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شئ , بل يجب أن يتم ضمن الأصول الفنية للتنفيذ التي تقتضيها القوة الملزمة للعقد , قانونية كانت كوجوب تنفيذ الالتزام بكامل ملحقاته ومستلزماته , أو أخلاقية بالامتناع عن مخالفة أي قواعد أو نواميس أخلاقية اقرها المجتمع و القانون , أي مقتضيات حسن النية كالأمانة و الصدق و النزاهة . فعلاوة على الفعل المادي في تنفيذ الالتزام , يلتزم المتعاقد بمراعاة تلك الأصول , بان تنتفي لدية أية نية سيئة للإضرار بالمتعاقد الأخر سواء تعمد

---

(1) عامر حسين ( 1949) . القوة الملزمة للعقد , الطبعة الأولى , مطبعة مصر , القاهرة , مصر , ص 16 .
(2) احمد , طه (1997 ) . مشروعية محل الالتزام بين الشريعة و القانون , دار النهضة العربية , القاهرة , مصر , ص 39 .

ذلك الإضرار , أم أهمل و قل احترازه فاوقع الضرر بالمتعاقد الأخر , و هو في الحالتين لم يلتزم بما توجبه عليه القوة الملزمة للعقد , وبذلك يكون سئ النية .

و يقصد بالأصول الواجب مراعاتها في التنفيذ , تلك الأصول التي تحكم و تكمل قيام المتعاقد بالتزامه , بطريقة تحقق حسن التنفيذ . فعندما تخلص للعقد قوته الملزمة , يكون على المتعاقد القيام بالواقعة المادية التي تشكل الجانب المادي من الالتزام , ويكون عليه أيضا مراعاة الأصول التي تجعل التنفيذ كاملا و صحيحا , و يتفق و حسن النية . فحتى يكون المتعاقد حسن النية , يجب أن يلتزم بالحدود التي تستوجبها القوة الملزمة للعقد , بان ينفذ التزامه الأصلي أي الواقعة المادية , و وفقا للأصول القانونية و الأخلاقية , وان يبذل العناية المطلوبة في ذلك , و ألا عد سئ النية . و هذا يجد أساسه في القانون المدني الأردني الذي أوجب على المتعاقد , أن يقوم بكل ما يلزم لتكون عنايته في التنفيذ متحققة , و هذا ما يعبر عن حسن نيته . فقد تضمنت المادة (358) أن المتعاقد لا يكون قد وفى التزامه , إلا إذا بذل في تنفيذه ما يبذله الشخص العادي , ولو لم يتحقق الغرض المقصود , أي أن مسؤوليته لا تقوم إذا بذل العناية المطلوبة . أما إذا كان المتعاقد سئ النية , و قد تعدى على ما تمليه القوة الملزمة عليه في التنفيذ بغشه أو خطئه الجسيم , فان مسؤوليته تقوم حتى و إن ظهر أنه قد بذل العناية المطلوبة .[1] فالناقل الذي يقوم بالتزامه الأصلي , و الذي يتمثل بفعل النقل , يجب أن يراعي في أثناء قيامه بذلك الأصول الفنية التي تقتضي منه أن يكون أمينا بان يسلك الطريق الأقصر بحيث لا تزيد كلفة النقل , و أن لا يتجاوز السرعة المسموح فيها, و أن لا يسلك طريقا وعرة قد تلحق الضرر بمحل العقد و بالتالي مصلحة المتعاقد الأخر , و إذا فعل فإنه يخرج بتصرفه عن حدود القوة الملزمة و مقتضيات حسن النية , فيفهم من تصرفه أو طريقة تنفيذه انه سئ النية , قصد

---

[1] تقابلها المادة (211) من القانون المدني المصري .

الإضرار بالمتعاقد الأخر , وهو يتصف بسوء النية سواء الحق الضرر بالمتعاقد الأخر متعمدا , أم إنه قصر في اتخاذ الاحتياطات اللازمة لضمان حسن التنفيذ و عدم الإضرار بالمتعاقد الأخر . و هذا ما أيدته اجتهادات محكمة التمييز الأردنية حيث قضت انه " إن الأخطاء الفنية التي ترتب المسؤولية على المهندس _ شانه في ذلك شأن باقي المهنيين _ لا تنحصر في الأخطاء التي تصدر عن نية سيئة فقط , بل تتعدى إلى كل سلوك يعتبر خروجا عن المألوف من أهل الصنعة في بذل العناية الفنية التي تقتضيها أصول المهنة و قواعد الفن ".[1]

إذ إن قاعدة القوة الملزمة و العقد شريعة المتعاقدين , "تتواءم مع متطلبات قواعد الأخلاق بالشكل الذي يجعله متوافقا مع العلاقات الاقتصادية و الاجتماعية , و لهذا نصت القوانين المقارنة على المبدأ الذي مفاده أن الاتفاقات يجب أن تنفذ بحسن نية .حتى أن هناك من ينادي بإضفاء الطابع الأخلاقي على القاعدة القانونية , و في هذا الإطار ظهر ما يسمى بالالتزام بالإعلام في تنفيذ العقد و الالتزام بالتعاون , و ذلك بهدف تحقيق الأمانة العقدية و عقاب التصرفات غير الأمينة , باستلزام وجود علاقات عقدية تتسم بالثقة المشروعة من خلال مفاهيم التسامح و التعاون . و يقصد بالالتزام بالإعلام التزام المتعاقد بان يقدم للطرف الأخر المتعاقد معه كل بيان أو إشارة أو واقعة تتعلق بمحل العقد , و يهم المتعاقد الأخر معرفتها . أما الالتزام بالتعاون فيلزم المتعاقد بالإسهام أو بالتدخل بفعالية في العقد بهدف تسهيل مهمة الطرف الأخر . بينما الالتزام بالتسامح يقتضي أن يمتنع الدائن عن تحميل المدين فوق طاقته, بان يبذل الدائن قصارى جهده لعدم تحميل المدين فوق طاقته , و أن لا يزيد في كلفة تنفيذه التزامه , بإيجاد حد أدنى من التضامن بين طرفي العقد , وان يراعي كل منهما ظروف الأخر". [2]

---

([1]) تمييز حقوق 487 / 1978 , موسوعة التشريعات الأردنية الالكترونية , اجتهادات المحاكم .
([2]) الرفاعي , احمد (2000) . الالتزام بالتسامح , دار النهضة العربية , القاهرة , مصر , ص 2 _ص 5 .

وهذه الالتزامات التي تجد أساسها في مبدأ حسن النية تعتبر متفرعة عنه و ملازمة له,[1] كالتزام المتعاقد بإتباع أصول المهنة و فنها ,[2] و الالتزام بالإعلام و الإدلاء و الإخبار و التعاون و التسامح , علاوة على الالتزام بعدم الإضرار والالتزام بالحيطة و الاعتماد على أسباب معقولة , والالتزام بالتحري و البحث الجديين , و إبداء الانتباه في الظروف العادية و الطارئة غير العادية , و الالتزام باتخاذ الاحتياطات التي يتخذها المتعاقد العادي أثناء التنفيذ , ليست إلا نتيجة لتوائم وجوب تنفيذ العقد مع قواعد الأخلاق السائدة ,[3] و هذه الالتزامات سواء تناولها المشرع صراحة أم ضمنا , تشكل أصولا و قواعد تنفيذية يجب مراعاتها و احترامها , حتى يكون المتعاقد حسن النية . حيث إن التقيد بهذه الالتزامات و الأصول ,يؤكد نية المتعاقد الحسنة و ينفي عنه سوء النية , و يدل على نية حقيقية تعمل على تحقيق الغاية المشروعة للعقد , و الحفاظ على الثقة المشروعة .

و لا ينتفي سوء نية المتعاقد إلا بالتخلص من مسؤوليته , بنفي خروجه على ما تمليه عليه القوة الملزمة للعقد ," و ذلك لا يكون ألا بإثبات عدم صحة ما ادعاه الدائن من وجود ذلك التعدي على حدود القوة الملزمة , بما يتضمنه ذلك من انتفاء الخطأ بجميع أشكاله , فالخطأ ما هو إلا خروج صريح على مقتضيات حسن النية و القوة الملزمة . و ذلك بإثبات أن عدم تنفيذه لالتزامه كليا أو جزئيا , يرجع إلى سبب أجنبي , بان الضرر الحاصل من عدم التنفيذ يرجع إلى القوة القاهرة أو إلى خطا الدائن أو فعل الغير" .[4] و قد أكدت المادة (247) من القانون المدني الأردني هذا المعنى بان نصت انه "في العقود الملزمة للجانبين إذا طرأت قوة قاهرة , تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا انقضى معه الالتزام المقابل له" . و المادة (261) من القانون نفسه قررت انه

---

([1]) شريفات , عبد الرحيم (2005) . التراضي في التعاقد عبر الانترنت , دراسة مقارنة , دار الثقافة , عمان, الأردن , ص 98 _ ص99 .
([2]) الحياري , احمد حسن (2005) . المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني و النظام القانوني الجزائري , دار الثقافة , عمان الأردن , ص 63 .
([3]) الرفاعي , مرجع سابق , ص 4 .
([4]) منصور , محمد حسين (2000) . مصادر الالتزام , العقد و الإرادة المنفردة , الدار الجامعية , بيروت , لبنان , ص 368 .

"إذا ثبت أن الضرر قد نشا عن سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر , كان غير ملزم بالضمان , إلا إذا قضى القانون أو الاتفاق بغير ذلك" (1).

و عليه فان الباحث يرى أن الإخلال بما تستوجبه القوة الملزمة من وجوب تنفيذ العقد , و وجوب مراعاة الأصول الفنية القانونية و الأخلاقية في ذلك , يعني الإخلال بالتزام المتعاقد بحسن النية . و هذا يتخذ **إحدى صورتين** , أولا : قد يكون إخلال المتعاقد بما توجبه القوة الملزمة عمديا , بحيث يتعمد المتعاقد الإضرار بالمتعاقد الأخر , و ثانيا قد يكون هذا الإخلال دون قصد الإضرار أي غير مدفوع بنية سيئة , و لكن الإضرار الذي قد يحصل ينجم عن قلة احتراز المتعاقد و تقصيره و إهماله , و المتعاقد في الحالتين يعد سئ النية لأنه لم يلتزم بما تفرضه القوة الملزمة و ما يفرضه حسن النية , من وجوب تنفيذ التزامه وفقا للأصول الواجبة .

_ **والصورة العمدية** للإخلال بما تفرضه القوة الملزمة للعقد , تتمثل بالفعل أو الترك الذي يقصد المتعاقد من ورائه إلحاق الضرر بالمتعاقد الأخر , و بارتكابه هذا الفعل أو امتناعه عنه يكون قد خرج على حدود القوة الملزمة للعقد , ودخل في دائرة سوء النية . فالمتعاقد الذي يرفض أو يمتنع عن تنفيذ التزامه أو ينفذه جزئيا , فانه بذلك يمتنع عن الاستجابة لما تفرضه القوة الملزمة من وجوب تنفيذ الالتزام العقدي , كما لو امتنع المؤجر عن تسليم العين المؤجرة للمستأجر . و الحال نفسه يكون عندما لا يتقيد المتعاقد في تنفيذه لالتزامه بالأصول واجبة المراعاة , كقيامه بتنفيذ التزامه بصورة معيبة أو تأخره في التنفيذ , كما لو قام المؤجر بتسليم العين المؤجرة على غير ما اتفق عليه , كما لو كانت غير جاهزة للاستعمال أو تأخر في

---

(1) تقابلها المادة (165) من القانون المدني المصري .

تسليمها . و بهذا يتحقق سوء النية لدى ذلك المتعاقد , و تقوم مسؤوليته عن إخلاله بتنفيذ التزاماته العقدية .

فالمتعاقد الذي يتجاهل قاعدة وجوب تنفيذ الالتزام العقدي , بجزئيها أي الواقعة المادية و الأصول الواجب مراعاتها في ذلك , متعمدا بذلك الإضرار بالمتعاقد الأخر , يعد سئ النية سواء لجا في ذلك إلى الغش أم التعسف في استعمال حقه أم أخل بالتوازن العقدي . و هذا التعمد في مخالفة ما تقتضيه القوة الملزمة , يرتب أثارا اشد من تلك التي تترتب على مجرد إهمال المتعاقد في التنفيذ , وان كان كلا المتعاقدين يعدان سيئي النية , إلا أن المتعاقد الذي يلجا إلى الغش مثلا , لديه نية خبيثة واضحة لإحداث الضرر , بينما في حال الإهمال فان الضرر غير مقصود بذاته , أي أن الإضرار ليس هو الباعث على سوء التنفيذ , لذلك فان الأثر المترتب على سوء النية هنا أخف من ذلك المترتب على سوء النية العمدي , حيث إن الأخير يحرم المتعاقد من كل ميزة أو تخفيف .

"كما يتوفر هذا التجاهل لقاعدة القوة الملزمة للعقد , كلما ارتكب العمل وكان الضرر الناشئ عنه أمراً لازماً لا يمكن تصور عدم حدوثه عن هذا العمل , كما لو تعرض البائع للمشتري أو ناقل الملكية لمن انتقلت إلية الملكية , وكما في تمثيل المحامي لمصالح متعارضة أو إهمال المحامي في أداء واجباته بحيث يتسبب بالضرر ويسوء مركز من يدافع عنه ".[1] ومع هذا فإن وجود الباعث المشروع على إيقاع الضرر ينفي سوء النية عن المتعاقد.[2] و قد اخذ المشرع الأردني بهذا حين قرر في المواد ( 262 و 263 ) أن محدث الضرر لا يسال عن ما تسبب به من ضرر , إذا ما اقدم على الفعل بباعث مشروع , كما في تنفيذ المتعاقد

---

([1]) الشواربي , عبد الحميد (1988) . المشكلات العملية في تنفيذ العقد , دار المطبوعات الجامعية , الإسكندرية , مصر , ص 8 .
([2]) سوادي , عبد الباقي (1996) . مسؤولية المحامي المدنية عن أخطائه المهنية , دار الثقافة للنشر , عمان , الأردن , ص 196 _ ص203 .

لأمر صدر إليه من رئيسه , بشرط أن يقيم الدليل على اعتقاده بمشروعية الفعل الذي وقع منه , وكان اعتقاده مبنيا على أسباب معقولة , و انه راعى في عمله جانب الحيطة و الحذر .[1] كما لو خالف المؤتمن على السر لالتزامه التعاقدي بعدم إفشاء السر , يحدوه باعث الامتثال للقانون وللصالح العام ومقتضيات الإنسانية. ويقدر هذا تقديراً موضوعياً وليس تقديراً شخصياً , فلا يجوز للمؤتمن على السر إفشاءه إلا إذا كان امتناعه أو اعتقاده قائماً على أساس جدي ,وأن الرجل المعتاد في ظروفه يعتقد بما اعتقد.[2]

و ينظر إلى الغش في هذا المجال على انه يشكل خرقا اشد للأخلاق من مجرد الخطأ العمد , بالنظر إلى أن الخطأ بأنواعه خروج صريح على قاعدة القوة الملزمة للعقد , فهو يعبر عن الصفة الإرادية لعدم تنفيذ الالتزام .[3] لذلك فان الغش يمثل مرتبة عليا من الخطأ العمد , وهو ينضوي تحت اصطلاح الخطأ العمد . إذ إن كل غش هو خطا عمد , و لكن الخطأ العمد ليس غشا دائما , ففي حالة الخطأ العمد يجابه أحد المتعاقدين وهو مرتكب الخطأ , المتعاقد الأخر بمخالفته مجابهة صريحة , فتتاح الفرصة للدائن لتلافي ما قد يلحقه من أضرار . كما في رفض البائع تسليم الصفقة من البضائع التي تم بيعها , وكما في تعمد الوكيل عدم تنفيذ الوكالة مع علم الموكل بذلك , أو تعمد العامل عدم القيام بالعمل . أما في حالة الغش فان مرتكب الغش يغلف مخالفته بالخديعة و المكر , فيحمل الدائن على قبول التنفيذ بالشكل المعيب الذي تم فيه , دون أن تتاح له فرصة الكشف عن تلك المخالفة , فيقبل الضرر طائعا , بينما يجني مرتكب الغش ثمار غشه ولو إلى حين .[4] أما من حيث الآثار القانونية فلا فرق بين الغش و الخطأ العمد , فكلاهما له الحكم القانوني نفسه , بالرغم من اختلافهما من حيث

---

([1]) تقابلها المادة (166 _ 167) من القانون المدني المصري .

([2]) الملا صالح , مرجع سابق , ص 48 .

([3]) الطباخ , شريف (2005) . التعويض عن الإخلال بالعقد , التطبيق العملي للمسؤولية المدنية , في ضوء الفقه و القضاء ,الطبعة الأولي ,المركز القومي للإصدارات القانونية , مصر ,القاهرة , ص 244 .

([4]) الشواربي , عبد الحميد , مرجع سابق , ص 14 .

الطبيعة .(1) و أخيرا فان الخطأ العمد قد يتجسم في صورة إكراه , يستعمله المدين لإرغام الدائن على قبول التنفيذ المعيب . و هذه الصورة تتضمن أعلى درجات سوء النية , ذلك أن جوهر الإكراه هو انتزاع الرضا بالقوة أو التهديد .(2)

أما **النوع الثاني** من الإخلال بمبدأ حسن النية , فيتمثل بالخروج عن ما تقتضيه القوة الملزمة من أطراف العقد , من حيث وجوب تنفيذ الالتزامات و وفقا للأصول التنفيذية , و لكن دون أن تتوافر لديه نية خبيثة للإضرار بالمتعاقد الأخر , و أن ما يقع من إخلال في هذه الأحوال سببه الإهمال و قلة الاحتراز , و ليس نية الإضرار . و مع هذا فان المتعاقد الذي يهمل في أداء التزاماته , يعد سئ النية لأنه لم ينفذ التزاماته وفقا للأصول التنفيذية , ولم يلتزم بالالتزامات التي تتفرع عن هذه الأصول كالتزام الصدق و التعاون و بذل العناية اللازمة . لذلك فان الإهمال في تنفيذ الالتزام يعد سوء نية إهمالي أو تقصيري, فالمطلوب من المتعاقد ليس فقط انتفاء نية الإضرار لديه بعدم خروجه عن ما تقضي به القوة الملزمة , بل يجب أن ينتفي في جانبه أي إهمال أو تقصير . أي أن تجاهله لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين هنا غير متعمد صدر عن إهمال وعدم حيطة و تبصر . فالمتعاقد يكون بهذا قد قصر ببذل العناية المطلوبة منه , و أهمل في تنفيذ التزامه , و هذا الإهمال قد يكون سلبيا بأنه لم ينفذ ما التزم به كليا أو جزئيا , أو كان تقصيره إيجابيا بان نفذ التزامه بصورة معيبة , فهو في الحالتين يكون خالف مقتضيات القوة الملزمة للعقد . و في الحالتين تقوم مسؤوليته لأنه سيئ النية رغم عدم تعمده الإضرار , تقوم مسؤوليته انه لم يتخذ الاحتياطات اللازمة لحسن التنفيذ . فكان مهملا في تنفيذ ما التزم به, ولم يحتط لما قد يلحق بالمتعاقد الأخر من أضرار إذا لم ينفذ ما تعهد به , لأنه لم يكن في سلوكه متبصرا أو يقظا .

---

(1) الطباخ , شريف (2005) . التعويض عن الإخلال بالعقد , ص 250- ص251 .
(2) الملا صالح , مرجع سابق , ص 49 .

فكما أتضح فإن عدم اتخاذ المتعاقد لمثل هذه الاحتياطات والإجراءات والإهمال في اتخاذها ينزله منزلة سئ النية ." كما هو الحال عندما يقوم حسن النية على فرض تشريعي وجب على الكافة إتباعه عند شراء العقارات , وهو قيامهم بتسجيلها بحيث إذا أهملوا فلا يلوموا ألا أنفسهم لان القانون أعلمهم مسبقاً. وقد أقام القضاء المصري سوء النية على عدم إتباع ما فرضه القانون بشأن تصرف معين , ولذلك اعتبر أن المشتري الذي سجل عقده حسن النية حتى وإن كان يعلم أن البائع قد باعه لمشتر لم يسجل عقده ، إذ أن القانون اعتبر المشتري الأول الذي لم يسجل عقده مقصراً أو مهملاً وهذا ينزله منزلة المشتري سيئ النية" (1).

"وعند النظر إلى المشتري الثاني الذي سجل عقده وهو يعلم أن العقار مباع لغير لم يسجل عقده يعتبر مداناً من الناحية الأخلاقية , لان قواعد الأخلاق لا تقر هذا العمل سواء في صورة علم بسيط أم في صورة تواطؤ . لكن عندما ينظر إليه من زاوية قانونية نجده غير مدان. لأنه اشترى العقار من مالك حقيقي وقام بإتباع ما فرضه القانون بشأن نقل ملكية العقارات، ومن ثم فإن موقفه سليم قانوناً , حيث إنه لم يقصد الخروج على أحكام القانون , ولم يقصر في أتباع ما فرضه القانون من إجراءات لذلك اعتبر حسن النية في نظر القانون, وإن كان غير ذلك في نظر قواعد الأخلاق , وهذا نتيجة لانفصال الأخلاق عن القانون".(2)

**ثانيا : المعيار الواجب اعتماده في قياس حسن النية :**

أما فيما يتعلق بمعيار حسن النية , فكما سلف فانه بحسب رأي الباحث لا يمكن قصر تقدير حسن نية المتعاقد على المعيار الذاتي دون الموضوعي أو على الموضوعي دون الذاتي, بل يجب اعتماد كلا المعيارين . لذلك فانه يمكن التمييز بين معيار شخصي ذاتي و معيار

---

(1) القوني، مرجع سابق، ص88.
(2) جمعه , نعمان , أركان الظاهر , مرجع سابق , ص 138 _ ص139 .

موضوعي مادي لحسن النية , ويتكامل هذان المعياران بحيث يبدو أحيانا انه لا يمكن الفصل بينهما , ففي جميع حالات الخروج عن ما تقتضيه القوة الملزمة , بما تتضمنه من سوء نية , يختلط المعيار المادي بالذاتي , ففي كل حالة يراد فيها معرفة حقيقة نية المتعاقد , يرجع فيها إلى المعيار الذاتي . ولتوضيح هذا أبدا بالمعيار الذاتي , فما هو المعيار الذاتي لحسن النية ؟

**_ المعيار الذاتي :**

ويقصد بالمعيار الذاتي بشكل عام" أنه المعيار الذي ينظر فيه إلى شخص المتعاقد , فنحكم على ما صدر منه في ضوء سلوكه هو , فإذا كان فعله انحرافاً عن السلوك عد مخطئاً وإذا لم يكن كذلك فلا يعد مخطئاً. ومفهوم ذلك أن هذا الشخص إذا كان على درجة كبيرة من اليقظة والتبصر فان اقل انحراف منه يعتبر خطئاً، وإن كان في مستوى اقل أو عادي تم تقدير انحرافه على ضوء المألوف بين الناس , وإذا كانت ملكاته دون ذلك فلا يعتبر مخطئاً إلا إذا كان الانحراف كبيراً " [1].

أما فيما يخص حسن النية , فيقصد بالمعيار الذاتي أن المتعاقد لا ينوي الإضرار بالمتعاقد الأخر _ بخرقه للقوة الملزمة للعقد _ , " ولا ينوي كسب منفعة غير مشروعة على حسابه , ويرجع في هذا إلى شخص المتعاقد . وهو أمر مفترض وهو قرينة قانونية عامة , رغم أن المشرع لم يفترضه إلا في مواضع معينة , ولا يمكن نفيه إلا بإثبات سوء النية , وهذا يمكن بجميع طرق الإثبات . وتعرف النية من مظهر أو تعبير , هذا المظهر أو التعبير من قبيل الوقائع القانونية التي يمكن إثباتها بالبينة , كما يمكن إثباتها بالقرائن تفريعاً على ذلك, وحسن النية هو المفترض إذ لا يمكن افتراض سوء النية . بل لا بد أن تنصب البينات والقرائن على استطلاع الحالة النفسية للمتعاقد , والنفاذ إلى ضميره لمعرفة حقيقة النية أو الباعث الذي لابس

[1] أبو السعود، رمضان (2003) . مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة،(لان)،(لام). ص332.

عمله . وإذا كان التحقق من نية المدين بطريقة ذاتية فإنه ليس من السهل دائماً , لذلك فإن القضاء يسمح لنفسه استخلاص سوء النية من الخطأ الجسيم , " فالمدين لا يتعمد فيه عدم تنفيذ الالتزام , بل هو عبارة عن إهمال أو عدم احتياط فلم يرد المدين إحداث الضرر",(1) مع هذا فان الخطأ الجسيم قرينة موضوعية على الخطأ العمد وليس ملحقاً به . وسوء النية الذي يبرر وصف تصرف المدين انه خروج على حدود القوة الملزمة للعقد , هو نية الإضرار التي تنم عن تدن خلقي , بأن يكون الإضرار هو الهدف الأول من فعل الفاعل دون أن توجد مبررات مشروعه لنيته بإيقاع الضرر . صحيح أن الجندي الذي يقتل أحد أفراد العدو ينوي الإضرار بالذات , ولكن الباعث الذي يدفعه إلى ذلك ليس الإضرار بالدرجة الأولى , بل الاستجابة لواجب وطني يمليه عليه القانون . وقد وجد رأي يذهب إلى أن الخطأ العمد يقاس بمعيار موضوعي شأنه شأن الإهمال. ومع هذا فإن هذا القول لا ينفي ضرورة الاعتماد على المعيار الذاتي في نهاية الأمر , صحيح أن الإضرار القصدي لا يدان إلا إذا كان لا يصدر من رجل معتاد ، لكن هذا لا ينفي لزوم كشف النية الباطنة أولاً ثم مقارنة سلوك من نوى الإضرار بسلوك رجل معتاد , فلا يمكن بحال الاستغناء عن التأكد من اتجاه النية نحو الأضرار. بخلاف الإضرار غير القصدي فإن سلوك الفاعل الضار يؤثم , إذا كان منحرفاً عن سلوك الرجل المعتاد" (2).

نخلص إذا إلى أن معيار حسن النية الذاتي يبدأ موضوعيا , بقياس الفعل أو الترك بمقياس الرجل العادي , للقول أولا بأنه فعل أو ترك غير مشروع , ثم يقاس بعد ذلك بمعيار ذاتي بالبحث في نية الفاعل و قصده , لمعرفة مدى تعمده الفعل و الضرر. و قد تثور صعوبة في العمل , في التعرف على حقيقة نية الفاعل , لان حسن أو سوء النية مسالة داخلية ليس من اليسير الوصول إليها , و خاصة أن الدائن أو المضرور هو الذي يكلف بإثبات سوء

---

(1)الطباخ , مرجع سابق , ص 251 .
(2) الملا صالح، مرجع سابق،ص27- ص29.

النية أو القصد السيئ , استنادا إلى أن حسن النية يفترض حتى يثبت العكس.(1)إزاء ذلك لا يكون أمام القاضي إلا الاعتماد على الوقائع الثابتة أمامه لكي يستنبط منها و هو حر في اختيار أية واقعة من تلك الوقائع , و له سلطة واسعة في استنباط ما تحتمله الواقعة من دلالة .(2) و الاستناد إلى الظواهر الخارجية للاستدلال على حقيقة نية الفاعل , و هو بذلك قد يضطر إلى أن يأخذ في الاعتبار مدى الانحراف في السلوك , أو مدى المنفعة التي تعود على الفاعل , أو عدم وجود مبرر أو عذر لهذا المسلك من جانب الفاعل . لكن كل هذه الظواهر لن تكون سوى قرائن أو وسائل إثبات للتوصل إلى سوء النية, وهي في جميع الأحوال تتوارى أمام وجود الدليل القاطع على حسن نية الفاعل و عدم تعمده الإضرار بالغير .(3)

**_ المعيار الموضوعي :**

أما معيار البحث في توافر سوء النية الاهمالي فهو معيار موضوعي . فقد تبين لنا أن سوء النية الذاتي يتمثل في نية الإضرار بالطرف المقابل , فالذي يرتكب أفعالا تدل على عدم التزامه بما توجبه القوة الملزمة للعقد , ينفي عنه حسن النية , وأحياناً مجرد العلم بالضرر الذي قد يصيب الغير, وسوء النية هنا سوء نية عمدي . ومع هذا فإن انتفاء التعمد في عدم التزام حدود القوة الملزمة لا يكفي للقول بتوفر حسن النية , إذ إن الإهمال وعدم الحيطة من قبل المتعاقد يثبت حالة من سوء النية الاهمالي أو الموضوعي فما هو المعيار الموضوعي؟

يقصد بالمعيار الموضوعي معيار السلوك المألوف و المعتاد ," حيث ينظر القاضي في هذا المعيار إلى المسلك المتوقع للرجل العادي العاقل الموجود في الظروف نفسها المدين".(4) " إذ يتجرد من الظروف الذاتية الملابسة لشخص المعتدي , حيث إنها ظروف داخلية ملتصقة

---

(1) دسوقي , محمد (1980 ) . تقدير التعويض بين الخطأ و الضرر , (لان) , (لام) , ص 362 .
(2) الشواربي , عبد الحميد (1995) . القرائن القانونية و القضائية في المواد المدنية و الجنائية و الأحوال الشخصية , دار الفكر الجامعي , الإسكندرية , مصر , ص 18 .
(3) دسوقي , محمد تقدير التعويض بين الخطأ و الضرر, مرجع سابق , ص 362 _ ص363 .
(4) حرح , زكريا (1999) . الخطأ في المسؤولية العقدية , رسالة دكتوراة منشورة , جامعة عين شمس , القاهرة , مصر , ص 113 .

به لا يصح النظر إليها , و إلا انقلب المعيار إلى معيار شخصي . وعلى ذلك فعند بحث توافر سوء النية الموضوعي لا ينظر إلى كون المعتدي متواضع الذكاء أو بليد الطبع أو عصبي المزاج أو غيرها من ظروفه الداخلية . فالقاضي لا يعتد بهذه الظروف هنا , بل عليه أن ينظر للظروف الخارجية العامة التي يخضع لها الناس كافة , ويقدر سلوك الشخص بحسب السلوك المألوف للشخص المعتاد" .[1]

إن الالتزام الواجب على المتعاقد بان يصطنع في سلوكه اليقظة و التبصر حتى لا يضر بالغير , التزام يجب أن يقاس بمعيار موضوعي , لان واجب عدم الإهمال و عدم التقصير في أداء حقوق المتعاقدين , أمر لا يقاس بظروف المدين الشخصية . أي أن الانحراف يقاس بسلوك شخص نجرده من ظروفه الشخصية , و هذا الشخص المجرد هو الشخص العادي الذي يمثل جمهور الناس , فلا يقاس سلوكه هنا بما اعتقده ذلك المتعاقد بل بالمألوف من سلوك الرجل المعتاد , فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب , كان هذا الانحراف خروجا عن حدود حسن النية , يستوجب مسؤوليته .[2]

فإذا ثبت أن سلوك المتعاقد في أثناء تنفيذه لالتزاماته يدل على إهماله , و قد تسبب بذلك بضرر للمتعاقد الآخر, فان ذلك الإهمال الذي اضر بمصلحة الغير يدخل في إطار سوء النية. "وما الواجبات المتعلقة بحسن النية كواجب الإعلام و الاستعلام و التحذير و لفت الانتباه إلى مخاطر محل العقد و الالتزام بالسرية و الحفاظ على أسرار العقد,[3] و الاعتماد في التصرف على أسباب معقولة، وواجب التحري والبحث الجديين , وواجب التحرز من الغلط الذي هو وليد الرعونة والإهمال , وواجب بذل الجهد لمعرفة الحقيقة ، وإبداء الانتباه الذي

---

(1) ابو السعود، رمضان، مرجع سابق، ص 333- ص334.

(2) السنهوري , عبد الرزاق (1998) . الوسيط في شرح القانون المدني الجديد , نظرية الالتزام , مصادر الالتزام , الطبعة الثالثة , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , لبنان , ص 882_884 .

(3) عبد العال , ميرفت (1997) . عقد المشورة في مجال نظم المعلومات , رسالة دكتوراه , جامعة عين شمس , القاهرة , مصر , ص 136 و ص214 .

تتطلبه الظروف وعدم التقصير في الانسياق وراء المظهر، وواجب اتخاذ الاحتياطات التي يتخذها الشخص العادي في الظروف التي تم فيها التعاقد , ولزوم وجود سبب صحيح في الحيازة وواجب الاتصاف باليقظة , هذه الواجبات ما هي إلا عبارات تفصح عن أمر واحد هو واجب السلوك بتبصر وتجنب الإهمال بشتى اشكاله.فيصبح من الضروري لتوفر حسن النية انتفاء نية الإضرار الذي يقدر بمعيار ذاتي وشخصي , وانتفاء الإهمال الذي يقدر بمعيار موضوعي".([1]) وهذا السلوك هو الذي يقدر بمعيار الرجل المعتاد بصرف النظر عن ظروف المتعاقد الخاصة , حيث أن فكرة الرجل المعتاد فكره عامة و مجردة , يرجع في تحديدها إلى الرجل العادي في طائفة الناس التي ينتمي إليها المتعاقد .([2])

و بعد هذا التوضيح فانه يمكن تعريف حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد بأنه : نية الالتزام بما تمليه القوة الملزمة من وجوب تنفيذ العقد , و وفقا للأصول القانونية و الأخلاقية المفترضة . و هذا التعريف يمنح مبدأ حسن النية الشمولية , والتحديد القانوني الذي يمكنه من أداء وظائفه , لضمان حسن التنفيذ , و يرى الباحث أن هذا المفهوم لمبدأ حسن النية ينطبق في ظل القانون الأردني و القانون المصري .

**موقف القانون الإنجليزي :**

أما موقف القانون الإنجليزي من مبدأ حسن النية فهو مختلف إلى حد ما , عن موقف القانون الأردني و القانون المصري , من حيث عدم وضوح موقف القانون الإنجليزي من هذا المبدأ. لأن القانون الإنجليزي يتميز بصبغته المادية فهو لا يحفل بالنية والقصد كقاعدة عامة, و أخذه بهذا المبدأ لا يزال في نطاق ضيق , بالرغم من الاعتراف بأن أفضل تطبيق لمبدأ حسن النية يكون في مرحلة تنفيذ العقود , ومع هذا وبالرغم من أن بعض القوانين الإنجليزية قد نصت

---

([1]) الملا صالح، مرجع سابق، ص136

([2]) مرقس , سليمان (1999) . تعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية , دار الإسراء , عمان , الأردن , ص 56 _ص 57 .

عليه بشكل صريح واستلزمت أعلى درجات حسن النية كقانون التامين (Marine insurance act1906) إلا أن القضاء يستعيض عن استخدام كلمة حسن النية بتعبيرات أخرى كرفض الصفقات غير الأخلاقية أو المخالفة للضمير [1].

بداية يجدر القول إن الرأي الغالب في إنجلترا أن الاتفاق في القانون الإنجليزي ليس حالة ذهنية , ولكنه فعل والفعل هو السلوك , فالأفراد لا يلتزمون بما يوجد في نفوسهم , ولكن بما يقولون أو يكتبون أو يفعلون. واشتراط القانون الإنجليزي لقيام العقد توافق الإرادتين بقصد إنشاء رابطة قانونية , يُغزى للاعتقاد بأن الرضا يكفي لقيام العقد . ومردود على ذلك بأن القاضي الإنجليزي ليست وظيفته البحث في عنصر ذهني , لا يخضع للتقدير الموضوعي , ولكن حماية الثقة المشروعة , والتي يمكن أن يوحي بها النشاط الإرادي لكل متعاقد تجاه الأخر. فالعقد بنظر الفقه الإنجليزي بالمعنى الدقيق لا علاقة له بالنية الشخصية أو الفردية للأطراف , فهو رابطة متوقف قيامها بقوة القانون على بعض أفعال الأطراف كالكلمات المعتادة , التي تصاحب وتمثل قصد معروف . وبالرغم من ذلك فإن هذا لا يعني أن القانون الإنجليزي لم يأخذ بعين الاعتبار الإرادة الباطنة خاصة في الحالات التي تتطلب ذلك مقتضيات الأخلاق أو العدالة[2].

فيقال نظرياً إن القانون الإنجليزي هو قانون موضوعي يتجنب كل بحث عن القصد والنية , و إن المحاكم الإنجليزية معادية لمثل هذا البحث وهي تبحث في العقد ذاته , لأن نية الفرد لا يمكن أن تحاكم لأن الشيطان لا يعلم النية لدى إنسان .[3] وتتساءل عما إذا كان مخالفاً للقانون أو المصالح أو لوجهات نظر المجتمع الأخلاقية , وهي تتجنب بقدر الإمكان

---

(1) Tetly, Good Faith in contract, page13-4 .

(2) عبد الله، فتحي (1978) . العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانون المصري والإنجليزي المقارن،(لان)، جامعة المنصورة، المنصورة، مصر، ص18- ص19.

(3) شيشر , ج . س (1976) . أحكام العقد في القانون الإنجليزي , ترجمة هنري رياض , الطبعة التاسعة , دار الجيل , بيروت , لبنان , ص 69 – ص 40 .

الدخول في تحليل إرادة المتعاقدين . ولكن القضاء اتخذ موقفاً وسطاً بين الاتجاهات الشخصية النفسية والأخلاقية , واعتد بالباعث في بعض الحالات[1]. و يعالج الفقهاء الإنجليز تنفيذ العقد في باب الانقضاء , ويتشدد القضاء في وجوب تنفيذ العقد وإلزام أطرافه بمضمونه[2] . وأي إخلال فيه يشكل خطأ و خروجا على القوة الملزمة , كما يعتبر أمراً غير متنازع فيه تاريخياً في القانون الإنجليزي . إن العقد الرضائي والمسؤولية التقصيرية ينبعان من مصدر واحد , وهكذا فانتهاك العقد بعدم تنفيذه يحمل طابع هذا الأصل التقصيري, والدليل على ذلك هو أن القاعدة العامة أن انتهاك العقد لا يرتب بداءة إلا الحق في التعويض لصالح المتعاقد المضرور , ولم يظهر الحق في التنفيذ العيني إلا تحت تأثير محكمة العدالة على مدى حقبة طويلة من الزمن[3]. والإخلال بالعقد يكون عندما يفشل أحد الطرفين في تنفيذ التزاماته التعاقدية كلاً أو جزءاً صراحة أو ضمناً أو عندما يرفض المتعاقد التنفيذ كلاً أو جزءاً ، واستناداً لذلك فإن الطرف المتضرر يستطيع إقامة الدعوى للمطالبة بالتعويض , واعتبار العقد مفسوخاً من قبل الطرف الآخر , ويعتبر نفسه متحرراً من تنفيذ التزاماته العقدية[4]. حيث إن هذا لا يعبر عن التزام بالقوة الملزمة للعقد , التي توجب على المحاكم تنفيذ تلك العقود , ما دامت قد أبرمت بحرية و طواعية , فهي عقود شريفة مقدسة للطرفين .مع ضرورة التمسك بالقيم الأخلاقية الرفيعة للعقد في ذلك .[5]

والقانون الإنجليزي الذي يقوم على أحكام القضاء يعتبر قانوناً قضائياً يقوم على السوابق القضائية.[6] اعتبر حسن النية وسيلة لضمان حسن التنفيذ , حيث إن النية الحسنة مرتبطة بالثقة , وهي تتنافى مع عدم الوفاء ومع غش الدائنين والإخلال بها يشكل خرقاً للقانون و

(1) فتحي، عبد الله، مرجع سابق، ص203.
(2) العنبكي، مرجع سابق،153.
(3) فتحي عبد الله، مرجع سابق، ص19.
(4) العنبكي، مرجع سابق، ص163.
(5) شيشر و فيفوت (1976) . أحكام العقد , مرجع سابق , ص 45 .
(6) العقايله , زيد , المصطلحات القانونية, مرجع سابق , ص 28 .

لشريعة المتعاقدين , وهي مفترضة وعلى من يدعى عكسها إثباته، ولا ضرورة لاستخدام كلمة ثقة أو حسن نية في العقد , لان مجرد استخدامها لا يعني بالضرورة التزام الأطراف بحسن النية .[1] إن مبدأ حسن النية في القانون الإنجليزي , كما هو في الأنظمة القانونية الأخرى مستمد ويعتمد على المبادئ الأخلاقية والعقلانية. وهناك نصوص أشارت إلى حسن النية ضمناً كقانون بيع البضائع لسنة(1979) حيث يضمن العقد شروطاً , حتى لو لم يتفق عليها الأطراف وتكون ملزمة , كالتزام البائع للمشتري أن تكون البضائع غير مرهونة لشخص ثالث , أو أن يكون البيع بحسب الوصف[2].

وقد **اختلف الرأي** في مدى اخذ القانون الإنجليزي بمبدأ حسن النية ومدى صراحة هذا الأخذ : **الرأي الأول** : فهناك من يرى أن الأخذ بهذا المبدأ واضح لدرجة أنه يعتبر شرطا ضمنيا في كل عقد , أي انه شرط تأخذ به المحكمة دون حاجة للنص عليه من قبل الأطراف.[3] ويقصد بالشرط الضمني الشرط الذي يُضمن للعقد عرفاً أو بفعل المحكمة , بشرط أن يتصف بالمعقولية , ويتفق مع الغرض الذي من أجله ابرم العقد[4] . أي أنه يضمن في العقد حتى ولو أغفله فرقاء العقد , ومن الطبيعي أن يكون ملزماً لهم.

**الرأي الثاني** :وهناك من يرى أنه بالرغم من عدم الاعتراف بمبدأ حسن النية كمبدأ عام يحكم تنفيذ العقد , إلا أن القانون الإنجليزي يفرض واجبات على المتعاقدين , يمكن حملها على أنها التزام بمبدأ حسن النية . بالإضافة إلى أن القانون الإنجليزي في العقود القائمة على الثقة كعقد التأمين يأخذ بحسن النية صراحة. والمحاكم الإنجليزية تعطي التعويض للطرف الذي يدعي خرق مبدأ حسن النية من قبل الطرف الآخر , إلا أنها تفضل عدم اللجوء إلى مبدأ

(1) Riddal .J.G .(1987). The law of trust,3ed, Butter worth, london, U.K, page 18-19
(2) Ocanner, J.F,(1990). Good faith in English law, Dartmouth publishing, london, U.K, page 99-100 .
(3) Tetly, Good faith in contract, page2.
(4) عبد الله، فتحي، مرجع سابق، ص288.

حسن النية كمبدأ عام . ويعتمد القضاء الإنجليزي حسن النية من خلال بحث الشروط الضمنية في تفسير العقد . وبالرغم من أن رجال القانون الإنجليزي لا يسمونه مبدأ حسن النية , إلا أنهم يؤمنون بالحاجة إلى مبادئ قانونية لمعالجة الحالات التي يكون فيها الضمير ملزماً[1] .حيث أن القانون الإنجليزي يلجأ إلى فكرة أو مبدأ التعامل العادل بدلاً من مبدأ حسن النية لحكم سلوك المتعاقدين.فهناك العديد من الكتاب الإنجليز يستخدمون مبدأ التعامل العادل بدلاً من مصطلح حسن النية,الأمر الذي يؤكد معنى حسن النية في القانون الإنجليزي كقانون عرفي, "و بالمضمون نفسه الذي يحمله مبدأ حسن النية في القوانين اللاتينية , باستثناء مرحلة التفاوض التي لا تخضع لمبدأ حسن النية في القانون الإنجليزي " [2].

يمكن القول بالاستناد إلى ما سبق أنه بالرغم من الاختلاف حول صراحة الأخذ بمبدأ حسن النية في القانون الإنجليزي , أو حول استعمال مصطلح حسن النية نفسه أو استعمال مصطلحات أخرى للدلالة عليه , هناك اعتراف بوجوده بنفس المضمون الذي تعتنقه القوانين اللاتينية ومن بينها القانونان الأردني والمصري , واعتراف بوجود الالتزامات التي يرتبها مبدأ حسن النية على المتعاقدين في تنفيذ عقودهم , كوجوب التزام المتعاقدين بالأمانة والثقة. ولكن **هل يمكن تعريف حسن النية على أنه , التزام بعدم الإضرار بالمتعاقد الأخر وتجنب الرعونة والإهمال في تنفيذ العقود , بما يتضمنه ذلك من التزام بحدود القوة الملزمة للعقد ؟**

---

[1] Alberto, Musy,(2000), The Good Faith princple in contract law and the precontractual duty to disclose, (online), available file:// http://www.icer.it/docs/wp2000/Musy192000.pdf page 6-7.

[2] Emily, weitzenback,(2002), Good faith and fair dealing in the Context of contract formation by electronic Agent,(online) available File:/ http://www.cirsfid.unibo.it/~sartor/GSCirsfidOnlineMaterials/GSOnLinePublications/GSPUB2006RoSaSm.pdf

.

كما سلفت الإشارة فإن القانون الإنجليزي يبدي اهتماما كبيرا بالنية الحسنه ونزاهة التعامل في مجال العقود[1] . فالقانون الإنجليزي يحرم الغش وخرق الالتزام بالأمانة والثقة المشروعة. فقد اعتبر القانون الإنجليزي كل اتفاق غرضه المباشر أو غير المباشر جريمة أو خطأ تقصيريا , غير مشروع وباطلا . كما اعتبر كل اتفاق يهدف إلى غش وخديعة طرف ثالث غير مشروع . ومن الطبيعي إلا يسمح لشخص أن يستفيد من فعله المكون لجريمة أو خطأ تقصيري , ولا من العقود التي تعوضه عن نتائج فعله الإجرامي أو التقصيري[2].

وقد أخذ قانون العدالة بمفهوم للغش أوسع منه في القانون العام , يدخل في نطاقه الإهمال , إذ أن أي إخلال بنوع من الالتزام يجازى في محكمة العدالة باعتبارها من البداية محكمة ضمير. فالغش في العدالة ليس إلا كل ظرف يسمح لمحكمة العدالة بالتدخل , و إعادة الحال إلى ما كان عليه في حالة التنفيذ. وتأسيساً على ذلك إذا كان هناك واجب على شخص أن يكون أهلاً للثقة , و أصدر تأكيدات غير صحيحة , دون أن يأخذ الحيطة المعقولة للتحقق من صحتها أي قدمها بإهمال , فإنه يكون قد ارتكب غشاً في مفهوم العدالة, لأن ذلك يعد إخلالاً بواجب اتخاذ الحيطة والثقة , والذي يظهر خاصة في علاقات الثقة كعلاقة المحامي بالعميل , وعليه فإن ذلك المتعاقد يلتزم بالتعويض عن الأضرار التي تسبب بها بسبب غشه أو بسبب إهماله الذي يعتبر غشاً.[3] فإهمال المتعاقد في أداء التزاماته يشكل خرقا لالتزامه بالمعقولية و النزاهة .[4]

---

(1) Beatson, Jack.(1997) Good faith and fault in contract law, clarendon press, OX ford ,Great Britain, page 157.

(2) عبد الله فتحي، مرجع سابق، ص331- ص333 .

(3) عبد الله، فتحي، مرجع سابق، ص208- ص214.

(4) Treitel , G .H , .(1999) . the law of contract , third edition , sweet and Maxwell , london , G .B ,page 203 .

كما يعتبر تقديم البيانات غير الصحيحة غشاً عندما يعرف من أصدرها بأنها كاذبة (Fraudulent Misrepresentation) إذ أن سوء النية أو الغش هنا هو الاعتقاد غير الشريف , وهذا يرتب المسؤولية التقصيرية باعتبارها خروجا على القوة الملزمة . كما أن تقصير المتعاقد في التأكد من صحة البيانات وإهماله في ذلك( Negligent misrepresentation) يعتبر غشاً ولو كان بصورة لا إرادية أي بإهمال .[1]

يخلص الباحث إلى انه وعلى الرغم من أن القانون الإنجليزي لا يعتد بالنوايا كأصل عام , إلا انه بحث الباعث وفرض على المتعاقدين التزام الأمانة والثقة و الصدق و الشرف, و استوجب الالتزام بمبدأ حسن النية بغض النظر عن المصطلح المستخدم للتعبير عن حالة حسن النية . فالمتعاقد الإنجليزي يقوم بأفعاله وينفذ عقوده , مدفوعاً بنية تحركه لا يسأل عنها طالما لم يعبر عنها بسلوك . وعليه فإن أي فعل أو ترك يصدر عنه أثناء تنفيذه لعقده , يعد سلوكاً يتحرك على أساس نشاط ذهني سابق لفعله . لذلك فهو عندما يقدم على فعل تنفيذي , فانه يجب أن يكون ضمن حدود القوة الملزمة للعقد , و ما يفرضه حسن النية من التزامات و أصول تنفيذية , كالأمانة و الصدق و عدم التقيد بحرفية التنفيذ . و هو أي المتعاقد يؤخذ بتجاوزه لتلك الحدود , سواء تعمد ذلك أم أهمل و قل احترازه , لانه يكون مدركا لسلوكه في الحالتين .

"ألا أن المعيار الذي يعتمده القانون الإنجليزي بشكل أساسي هو **معيار حسن النية** الموضوعي ".[2] نظراً لصبغته المادية أي معيار الرجل العادي حيث يقاس سلوك المتعاقد بسلوك الرجل العادي , "كما يعبر عنه البعض بالتوقعات المعقولة للناس الشرفاء".[3] " ومن

---

([1]) العنبكي، مجيد، مرجع سابق، ص82.

([2]) أبو الليل , إبراهيم (2003) . الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية , عبر أجهزة الاتصال الحديثة " التراسل الالكتروني " , لجنة التأليف و النشر , جامعة الكويت , الكويت , ص 211 .

([3]) Tally, willam, Good faith in contract, page 28-29

ذلك أنه في عقود حسن النية المطلقة("Contract "uberrima Fides) هنالك التزام على المؤمن له في عقد التأمين , أن يفصح عن كل الوقائع المادية التي تؤثر على حكم المؤمن , سواء في تقدير الخطر أم في تقدير قسط التأمين , و سواء تم السؤال عن هذه الوقائع أم لم يتم السؤال عنها من قبل المؤمن , فإذا أهمل المؤمن له في إعطاء هذه المعلومات المطلوبة, فإن المؤمن قد ينقض العقد"[1] . ففي مثل هذه الأحوال لا ينظر إلى شخص المتعاقد في إخفاء هذه المعلومات , بل ينظر إلى سلوك الرجل المعتاد المعقول في تقدير أهمية الوقائع للطرف الأخر في العقد.

واعتبر القانون الإنجليزي أن إهمال المتعاقد في أداء التزاماته يشكل خرقاً لالتزامه بالمعقولية أو النزاهة , و هو التزام متفرع عن مبدأ حسن النية [2] . فعلى المتعاقدين تنفيذ التزاماتهم ببذل العناية اللازمة لذلك , وإلا قامت مسؤوليتهم عن تقصيرهم وإهمالهم[3] . فالقاضي الإنجليزي ليست وظيفته البحث عن عنصر ذهني لا يخضع للتقدير الموضوعي , ولكن حماية الثقة المشروعة التي يمكن أن يوحي بها النشاط الإرادي لكل متعاقد للأخر[4] . والمحكمة في تقديرها للمعقولية أو عدم المعقولية , تدرس دقائق الظروف المحيطة بالقضية وطبيعة العلاقة العقدية[5].

مع هذا فإن القانون الإنجليزي لم يسقط المعيار الشخصي , أي الذي يرجع فيه إلى ذات المتعاقد لتقدير حسن أو سوء النية. "إذ أن القضاء الإنجليزي كان في غاية المرونة فيما يتعلق

---

(1) العنبكي، مرجع سابق، ص94.

(2) Treitel, G.H,(1999) The law of contract,page 203.

(3) Treite, The law of contract, p 560.

(4) عبد الله فتحي، مرجع سابق، 19.

(5) العنبكي، مرجع سابق، ص108.

بالاتفاقات غير المشروعة وغير الأخلاقية , كما أن كلمة الضمير والثقة المشروعة والأمانة والسبب والباعث ترددت في أحكام القضاء الإنجليزي"[1].

فهذه المعاني لا تقاس إلا بمعيار شخصي . فقد اعتد القانون الإنجليزي بالعناصر النفسية والأخلاقية بالاستناد إلى فكرة الضمير[2]. ووازن القضاء بين الاتجاهات الشخصية و النفسية والأخلاقية فيه والاتجاهات الموضوعية. وأن الباعث المشروع ينفي عدم المشروعية عن الفعل كما في حالة الضرورة.[3] فالقانون الإنجليزي بهذا اعتمد معيار حسن النية الشخصي لكشف نية الإضرار , والمعيار الموضوعي في حالات الإهمال وعدم الحيطة . وهذا عين الموقف الأردني و المصري. و بعد بيان معنى مبدأ حسن النية في القوانين الثلاثة فاني سأقوم ببحث ضرورة هذا المبدأ و أهميته في الفرع الثاني من هذا المبحث .

## الفرع الثاني : ضرورة مبدأ حسن النية

إن للقانون صلة وثيقة بالأخلاق فالكثير من القواعد القانونية تقوم على أسس أخلاقية , كالقواعد التي تلزم بالوفاء بالعهود و تحريم الإثراء بلا سبب . ومع هذا فالبعض يرى اقتصار الأخلاق على حكم الحياة الباطنية في الضمير , حيث إنها ما زالت مقاصد و نوايا لم تخرج إلى الوجود . بينما يقتصر القانون على المحسوس من الأفعال دون ما يستتر في الضمير الإنساني ,

---

(1) القوني، مرجع سابق، ص30-31.
(2) فتحي عبد الله، مرجع سابق،ص123.
(3) عبد الرحمن , احمد (2002) . البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية و غير الإرادية , دراسة فقهية قضائية , جامعة المنصورة , (لان) , (لام) , مصر , ص 195 .

غير أن هذا القول مردود , فإن صح أن القانون لا يعتد بالنوايا وحدها , مع ذلك فانه يوليها عنايته إذا صاحبتها أعمال خارجية , ففي القواعد الخاصة بحسن وسوء النية و بالغش و بالتدليس و في سبب العقد و في نظرية التعسف في استعمال الحق ما يفند هذا الرأي, فالقانون لا يغفل عما يختفي وراء الأفعال المادية من دوافع . كذلك فإن الأخلاق وان كانت تعنى بالمقاصد والنوايا الباطنية فهي لا تقتصر على ذلك , إنما تمتد أيضا إلى الأفعال المادية المحسوسة , فالأخلاق مثلا لا تقتصر على بيان واجبات الفرد قبل الله وواجباته قبل نفسه , بل يتجاوز ذلك قبل غيره والقانون يلتقي بالأخلاق في تنظيم بعض واجباته تجاه غيره.[1]

كما أن مظاهر تأثر القانون بالأخلاق واضحة في شتى نواحي القانون , فهي تبدو في علاقات الأسرة و في نظام الزواج و في العلاقات المالية و بوجه خاص في وجوب حسن النية و بذل العناية و الأمانة في تنفيذ الالتزامات , و عدم جواز استرداد المدين ما أداه باختياره تنفيذا لواجبات أخلاقية .[2] و يرى الأستاذ السنهوري أن للعوامل الأخلاقية تأثيرا كبيرا في نظرية الالتزامات , فنظرية سوء استعمال الحق و النظرية التي تقضي بان الغش يفسد العقود و المبدأ القائل بأنه لا يجوز الاتفاق على ما يخالف الآداب و النظام العام , كل هذه نظريات مشبعة بالروح الخلقية و هي تقوم على محاربة سوء النية و الضرب على أيدي العابثين بالأخلاق و الآداب العامة . علاوة على وجود الالتزامات الطبيعية و هي التزامات تمت بصلة متينة إلى قواعد الأخلاق , و يعترف بها القانون و يضع لها نوعا من الجزاء , فتمتزج بذلك القواعد الأدبية بالقواعد القانونية حتى يصبحا شيئا واحدا .[3]

---

([1]) صراف , عباس و حزبون , جورج (1997) . المدخل إلي علم القانون ,الطبعة الرابعة , مكتبة دار الثقافة , عمان , الأردن , ص 17_ ص18 .

([2])عبد الله , محمد (1996 ) . المدخل إلى علم القانون أو النظرية العامة للقانون , مطبوعات جامعة دمشق , دمشق , سوريا , ص 47 .

([3]) السنهوري , عبد الرزاق (1980 ) . النظرية العامة للالتزامات , نظرية العقد , دار الفكر , القاهرة , مصر , ص 10 .

و عليه فان ضرورة و أهمية مبدأ حسن النية في كل القوانين التي تأخذ به بما فيها القانون الأردني و المصري و الإنجليزي , تظهر في أنه مبدأ أخلاقي وقانوني في الوقت نفسه . فالقاعدة القانونية وثيقة الصلة بالقاعدة الأخلاقية , و كلما اعتد المشرع بالأخلاق في مجتمعه كلما اهتم بمبدأ حسن النية و حرص على توافرها , والزم المتعاقدين بها بفرض الجزاء على الإخلال بهذا المبدأ أي على سوء نية المتعاقد , ففرض على المتعاقد سئ النية جزاءات لسوء نيته , تصل أحيانا إلى العقوبة الجزائية "و القصد من هذا الجزاء الجنائي قمع صور معينة من الغش البين, من ما يرتكب المدين إضرارا بدائينيه".[1] كنص المادة (2/383) من القانون المدني الأردني التي قضت بأن" يعاقب المدين بعقوبة الاحتيال , إذا ما رفعت عليه دعوى بدين فتعمد التفليس بقصد الإضرار بدائنيه , و انتهت الدعوى بصدور حكم بالدين و الحجر , أو إذا أخفى بعد الحكم بالحجر بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها أو اصطنع ديونا صورية أو مبالغا فيها و ذلك كله بقصد الإضرار بدائنيه".[2]

و يظهر من خلال فرض الجزاء على سوء النية , حرص المشرع على أن يلتزم الأفراد بحسن النية في تنفيذ عقودهم , لا بل يجب عليهم الالتزام به من لحظة إبرام العقد حتى انقضائه بالتنفيذ . واكثر ما يدلل على هذا عدد النصوص التي عالجت مبدأ حسن النية , و أثاره في القانونين الأردني و المصري . فقد تجاوز عدد النصوص التي أوجبت تنفيذ العقد وفق ما يوجبه حسن النية سواء كانت صريحة أو ضمنية المائة نص , وهذا ما لم يحظ به أي مبدأ قانوني أخر إيمانا من المشرع بأهمية حسن النية في التعامل . وعندما يرتب المشرع أثرا على وصف السوء أو الحسن , فانه عندما يبني الحكم على الحسن مثلا فإنه يقصد بالاضافه إلى

---

(1)المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني , مرجع سابق , ص 446 .

(2) تقابلها المادة (260) من القانون المدني المصري . و هي تحمل نفس المضمون إلا أن المدين يعاقب بعقوبة التبديد ذا ما أقدم على تلك الأفعال في القانون المصري .

الحكم المترتب على حسن نية المتعاقد , يقصد نقيضه إذا توافر سوء النية بدلا من حسنها . فعندما يكون الجزاء على سوء النية التعويض مثلا في حالة معينة , فانه بمفهوم المخالفة يقصد عدم إلزام ذلك المتعاقد بالتعويض في حال كان حسن النية.

فهناك نصوص تناولت مبدأ حسن النية بشكل واضح و صريح , كنص المادة(202) من القانون الأردني و المادة (148) من القانون المصري اللتان استلزمتا صراحة تنفيذ العقد بحسن نية , و كالنص الوارد في قانون التامين الإنجليزي الذي استلزم أعلى درجات حسن النية . و نصوص أخرى تناولته بصورة ضمنية , كالمادة (148) من القانون المدني الأردني التي قضت بأنه" إذا صدر التغرير من غير المتعاقدين , و أثبت المغرور علم المتعاقد الأخر وقت العقد , جاز له فسخه إذ إن علمه بالتغرير يجعله مساويا لصدوره منه" [1]. و كقانون بيع البضائع الإنجليزي (1979) حيث يضمن العقد شروطا حتى لو لم يتفق الأطراف عليها , كالتزام البائع بأن تكون البضائع غير مرهونة لشخص ثالث.[2] و نصوص أخرى تناولت مظاهر حسن النية و مقتضياته , كوجوب انتفاء الغش و المحافظة على التوازن العقدي و انتفاء التعسف في استعمال الحق.حيث إن الإخلال بإحدى هذه الأسس أو المظاهر يقيم مسوؤلية المتعاقد على أساس الإخلال بحسن النية . كنص المادة (2/358) من القانون المدني الأردني التي قضت " في كل حال يبقى المدين مسوؤلا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم " لأنه سئ النية .[2].

و تتحدد حالات حسن أو سوء النية تبعا للمفهوم الأخلاقي ذاته الذي يكون عليه اتجاه التشريع , و يتحدد تبعا لذلك مدى خطورة المخالفة لمقتضيات حسن النية , و ما يناسبها من

---

([1])تقابلها المادة (126) من القانون المصري .

([2]) Ocnner , good faith in English law , page 18_19

([2]) تقابلها المادة (2/211) من القانون المدني المصري .

جزاءات تبعا لمدى عمق النظرة الأخلاقية , و بهذا تختلف مناهج التشريعات تبعا لنظرة كل منها . ولا نحسب أن قانونا يحاول أن يفصل بين القاعدة القانونية و الأخلاق , إلا وتشده الاعتبارات الأخلاقية وما توجبه مقتضيات حسن النية من إحداث هذا التقارب .ذلك أن لكل نظام اجتماعي أفكاره ومعتقداته الاجتماعية والدينية , التي يتكون من جملتها حقائق طبيعية و اجتماعية و نفسية تؤدي إلى تنظيم بعض الاتجاهات الاجتماعية و الاقتصادية و الخلقية , التي تصلح أساسا لأحكام قانونية محل صياغة تشريعية ضبطا لها . فلا يكاد يبعد القانون عن الأخلاق إلا و يعود منصاعا للاعتبارات الأخلاقية التي توجهها مقتضيات حسن النية , وذلك ما يكشف عن حلقة اتصال دائمة بين القانون و الأخلاق . حتى أن البعض من الفقه قد ذهب في تحديد الصلة بينهما إلى أن أساسها الفلسفي واحد , و أن الروابط بينهما وثيقة و محكمة , وان كلاهما يكمل الأخر حتى إذا ما تميز القانون عن الأخلاق , فان هذا لا يرجع إلى اختلاف في الأساس ولا يفيد ذلك معنى التعارض بينهما , فالفصل المطلق بين القانون و الأخلاق أمر مستحيل تحقيقه .(1) كما أن الجزاء على سوء أو حسن النية لا يقتصر على الجزاء القانوني,"حيث أن قواعد القانون ليست وحدها التي تحكم السلوك البشري , فالأفراد يلجئون لاتواع مختلفة من القواعد لتوجيه حياتهم منها الأعراف و الأخلاق و الدين . و تلك القواعد الموجهة لسلوك الإنسان تتعايش بجانب بعضها بعضا لمحاربة المنافي للأخلاق و اشتهاء ما بيد الغير و الكذب , و إذا خالف الأفراد تلك القواعد فثمة ما يترتب على ذلك خارج نطاق القانون ".(2)

و المشرع حين يقرر الجزاء على سيء النية فان هذا الجزاء يختلف من حيث الجسامة , فالجزاء على نية الإضرار يختلف عنه في حالة الإهمال , وان كانت في مجموعها تشكل تعديا على القاعدة الأخلاقية و مخالفة لما يقتضيه حسن النية . و لهذا كان طبيعيا أن يضع المشرع

---

(1) بدوي , السيد , مرجع سابق , ص , 277 _ ص281 .
(2) العربي , حسن (2000) . القانون و الأخلاق و القيم في المجتمعات العلمانية , الطبعة الأولى , دار النهضة العربية , القاهرة , مصر , ص 45 .

لكل منها الجزاء المناسب الذي يتحدد بمدى الجسامة , و بالتالي نظرة المشرع إلى خبث الطوية . و هو في هذا قد يقرر المسؤولية كجزاء على خلاف الأصول المقررة , كما هو الحال حين قرر مسوؤلية البائع عن ضمان العيوب الخفية التي كان يعرفها المشتري في المبيع في وقت البيع , أو كان يستطيع تبينها بنفسه لو انه فحص المبيع بعناية الرجل العادي , فالبائع غير مسؤول عنها بحسب الأصل , إلا إذا اثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من هذه العيوب .[1] كما قد يكون التعويض هو الجزاء على سوء النية , كإلزام القاضي عند تقدير التعويض المستحق للدائن , الذي بدا العنت من مدينه , أن يراعى في ذلك مدى ما أصاب الدائن من ضرر , ومدى العنت الذي بدا من المدين .[2] و قد يقرر المشرع وسائل ردع مناسبة يصل بها إلى أن من أساء قصده فقصده مردود عليه , كنص المادة (1/238) من القانون المصري التي قضت "بعدم نفاذ تصرف المدين المعسر أو الذي زاد في إعساره و المنطوي على غش منه متى كان معاوضة و لم يعلم المتصرف إليه بهذا الغش ".[3] و كتقرير المشرع المصري في المادة ( 2/242) عدم سريان وفاء المدين المعسر لأحد دائنيه بعد انقضاء الأجل الذي عين للوفاء , إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذي استوفى . أو أن يلجا المشرع إلى فرض عقوبة جزائية كما هو الحال في المادة (260) من القانون المدني المصري و التي سبقت الإشارة إليها .[4] ومن الأمور التي تدل على أهمية مبدأ حسن النية ارتباطه بفكرة العدالة , فما من مقتضى يقتضيه حسن النية إلا وتجد العدالة تقره و تقوم عليه , ولا من مبدأ تقول به العدالة إلا ونجده مما يقتضيه حسن النية و ما العدالة إلا الهدف الأسمى الذي يرمي إليه كل قانون.[5]

---

(1) المادة (2/447) من القانون المدني المصري , والمادة (513) من القانون المدني الأردني .

(2) المادة ( 214) من القانون ا لمدني المصري , و المادة (360) من القانون المدني الأردني .

(3) المادة (371) من القانون المدني الأردني .

(4) تقابلها المادة ( 1/383) من القانون المدني الأردني

(5) بدوي , السيد , مرجع سابق , ص 297 _ص300 .

ومما يشير إلى ضرورة هذا المبدأ و أهميته خاصة في مرحلة تنفيذ العقد بوصفه ضابطا للعقد و المتعاقدين , يبقيهم في حدود الأمانة و الاستقامة والتعامل النزيه ," أنه يشكل حدا مضروبا على الإرادة لمصلحتها طالما أنها لم تخالف النظام العام و الآداب",(1) فيسهم في تكملة إرادة المتعاقد إذا ما غفل عن إدراج شرط في العقد أو سكت الطرفان عن ذكره , إذ يصعب على المتعاقدين في كثير من الأحوال أن ينظما العلاقة فيما بينهما في المسالة الخاصة التي تعاقدا عليها في كل تفاصيلها ,(2) عندها يكون لمبدأ حسن النية الدور الكبير في تكملة العقد بما يفرضه من التزامات على كلا المتعاقدين , خاصة انه يفترض في المتعاقدين أنهم يتعاملون بأمانة و ببواعث مشروعة لتحقيق مصالح مشروعة .

" حيث إن المشرع لا يمكنه أن يسن من القواعد المكملة لإرادة طرفي العلاقة ما يحيط بكافة تفاصيل علاقتهما على اختلافها و تنوعها , إذ غاية ما يمكنه أن يتناوله بالنص تلك المسائل التي تبدو أمامه اكثر عرضا في العمل , حسبما تبيح له ظروف الحال حصرها . فتغدوا مسائل أخرى لا يتناولها المشرع بالنص , إما لأنها قليلة الحدوث في العمل , و إما لان الشارع نفسه لم يستطع حصرها لسبب أو لأخر , و إما لأنها جدت في العمل بعد صياغته التشريع , و إما لغير ذلك من الأسباب , فكان تنفيذ العقد هو النطاق الرحب الذي يعمل فيه مبدأ حسن النية . وهو في عمله في ذلك النطاق إنما يفترض معه افتراضا بديهيا مؤداه أن طرفي العلاقة هما احرص الناس على مصالحهما , فما يريانه في صالحهما يحرصان على إيراده في العقد , سواء إيجابا بتضمينه في العقد أم سلبا بان يحظران أو يحظر أحدهما تطبيق نص من النصوص المكملة .ثم يبقى ما يسكتان عنه , و هما في سكوتهما هذا يفترض انهما بداءة ارتضيا ما وراء ذلك من قواعد يفرضها العرف و الأمانة و الذمة وشرف التعامل و غيرها من مقتضيات حسن النية .

---

(1) حداد , مرجع سابق , ص71 .
(2) السنهوري (1980) . نظرية العقد , مرجع سابق , ص 950 .

والذي ترجم بالنص التشريعي الذي يقضي بتنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بطريقة تتفق وحسن النية" .(1) وهو ما يرمي إلى إبقاء الثقة بين المتعاقدين , والقضاء على الأهداف الأنانية , وفرض حد أدنى من التضامن و التسامح بينهما, و السلوك الأمين .(2)

و الاعتبارات التي تشد القانون ليعتد بما توجبه مقتضيات حسن النية , ليست اعتبارات أخلاقية بالدرجة الأولى فحسب , و إنما تدعمها اعتبارات أخرى تبررها دواعي الاستقرار في التعامل . لذلك لجا المشرع لوضع قواعد لحماية حسن النية و ترتيب الجزاء على سوء النية , سواء اتجه المشرع في ذلك اتجاها أخلاقيا أصيلا ينبئ عن نزعته الدينية و الأخلاقية , أو كان اتجاهه اتجاها ماديا فحسب لا يحفل بالنزعة الأخلاقية إلا بصورة تبعية , إذ يتخذ من حماية استقرار التعامل علة تقريره تلك الحماية .(3)

و استقرار التعامل و سد الثغرات القانونية و حماية الاستقرار و مواجهة الظروف الطارئة و الجديدة , من خلال اعتماد القضاء على مبادئ قانونية عامة كمبدأ حسن النية ,(4) " غاية تنشدها التشريعات كافة , و تسعى بوسائلها بلوغ تلك الغاية . و بمقدار ما تقترب تلك الوسائل من الفضيلة , وما تكون عليه أخلاقيات المخاطبين بالتشريع من سمو أخلاقي , بقدر ما يتحقق ذلك الاستقرار . حيث إن للالتزامات العقدية قوة أخلاقية تقوم على اساسس أن جميع العقود ملزمة من الناحية الأخلاقية ,(5) فلا يكفي مشروعية الوسيلة للقول بتحقق الاستقرار , بقدر ما يجب أن يكون هناك أخلاقيات في التطبيق , حيث إن تلك الأخلاقيات هي التي تضع الاستقرار و تحميه و تجعله واقعا . و إذا ما أردنا أن نبين اثر حسن النية في استقرار التعامل يجب النظر

---

(1) بدوي السيد , مرجع سابق , ص 443 .
(2) الرفاعي , احمد , الالتزام بالتسامح , مرجع سابق , ص 19.
(3) بدوي السيد , مرجع سابق , ص 282 .
(4) محمود , مجدي (2001) . المبادئ القانونية , مصدر ذاتي للمشروعية , دار الفكر الجامعي , الإسكندرية , مصر , ص 75 – ص80 .
(5) عيسى , محمد جمال (1999 ) . مفهوم العقد , دراسة مقارنة , بين الفكر القانوني الغربي و الفقة الإسلامي , دار النهضة , القاهرة , مصر , ص 24

كما سلف في مثل مجتمع المخاطبين بذلك التشريع , و مدى عمق النظرة الأخلاقية و مدى تغلغل النزعة الدينية فيه , حيث يبدو انطباع الصياغة التشريعية و تأثرها بهذين , كما يبدو الأثر الأكثر بروزا في المجال التطبيقي . فليس من شك أن أهم احتياجات التعامل في أي زمان و أي مكان هي أن يكون سهلا سريعا , وان يتم في جو من الثقة و الثبات و الاستقرار , فذلك الثبات والاستقرار و تلك الثقة هي معيار صلاحية النظام التشريعي . فإذا ما كان النظام القانوني على هذا النحو , فانه يشجع التعامل على أساس من روح الثقة والاستقرار , وكانت الضمانات الكافية لتيسيره وثباته , وانتفت الخديعة والغش وقلت أسباب التنازع واختفى سوء النية أو كاد .[1]

و قد بلغت أهمية هذا المبدأ انه يتسع لجميع الأعمال القانونية و العقود و الحقوق و الالتزامات التي تنشئها المعاملات القانونية على عاتق أطرافها .[3] فلا يوجد قانون يجيز سوء النية أو الغش أو التحايل أو التواطؤ أو التعسف في تنفيذ العقود , بل إن العقل يرفض مثل هذا التعامل إذ إنه أمر لا يتفق و العدالة . إلى حد انه حتى لو لم يوجد نص صريح على مبدأ حسن النية في قانون ما , فانه يجد تطبيقا له من خلال نظم قانونية أخرى , كالتعسف في استعمال الحق مثلا أو فكرة التعامل العادل في القانون الإنجليزي أو من خلال مفاهيم أخلاقية كالأمانة و النزاهة , و التي هي ليست إلا من مقتضيات حسن النية . و بغض النظر عن ضيق أو سعة الأخذ أو شكل و نوع المصطلح الذي يطلق عليه.

---

(1) بدوي ,السيد , مرجع سابق , ص 995_ ص996 .
(3) الرقاد , خلف (2001) . الحق في الحبس القانون المدني الأردني , رسالة دكتوراه غير منشورة , جامعة عين شمس , القاهرة , مصر , ص 253 .

**الفرع الثالث : تميز مبدأ حسن النية عما يختلط به**

يتميز مبدأ بأنه مبدأ عام , يجب الامتثال لمقتضياته من أمانة و صدق و نزاهة في تنفيذ العقود , وفقا لما تمليه القوة الملزمة للعقد . وهو بذلك يختلف اختلافا كليا عن الإرادة و عن الباعث , و إن كان رقيبا على مشروعية الباعث و سلامة الإرادة من العيوب و صدقها , ويرتبط بمفهوم النية ارتباطا وثيقا لا ينفك , حيث إن مبدأ حسن النية يرفض كل إرادة يحركها باعث غير مشروع . لذلك سيقوم الباحث فيما يلي بتوضيح هذا التمايز بشيء من التفصيل , من خلال بحث تميزه عن الإرادة أولا , ثم تميزه عن الباعث ثانيا.

**أولا : تميزه عن الإرادة**

الإرادة هي قصد القيام بفعل أو الامتناع عن فعل في الحال أو في المستقبل .[1] ومن المعلوم أن كل فعل أو امتناع عن فعل يرتبط حتما بإرادة , تريد ذلك الفعل أو الامتناع , فالإنسان لا يفعل إلا ما يريد و كل فعل أو امتناع وراءه إرادة بالضرورة , لذلك جعل المشرع الإرادة أساسا لإنشاء وتنفيذ العقود , فالإرادة تبرم العقد و تنفذه . و لكن الإرادة حالة خفية , و ما

---

([1])النشار , جمال , النية وأثرها , مرجع سابق , ص 18 _ ص19 .

دامت الإرادة خفية فانه لا يمكن التعرف عليها أو التعامل معها , و لا يعتد بها القانون. و من هنا كان لا بد من وجود وسيلة للتعرف عليها و تحديدها , ليصار إلى التعامل معها بوضوح و ترتيب الأثر القانوني . و الوسيلة للتعرف عليها هي التعبير عنها , لذلك صار التعبير عنها هو الإرادة بعينها , فالعقد لا يتم إلا بتوافق الارادتين أي عند تبادل التعبير عنها. و التعبير عنها قد يكون باللفظ أو بالكتابة أو الإشارة المعهودة عرفا ولو من غير الأخرس , و بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي , و باتخاذ أي مسلك أخر لا تدع ظروف الحال مجالا للشك في دلالته على التراضي .[1]

و هذا التعبير عن الإرادة إما أن يكون إيجابا أو قبولا , فالإيجاب و القبول لفظان مستعملان لإنشاء العقد و أي لفظ صدر أولا فهو إيجاب و اللفظ الثاني قبول .[2] فالإيجاب بكل تعبيراته هو إرادة الموجب و هو أحد المتعاقدين والقبول بكل تعبيراته هو إرادة المتعاقد الأخر أي القابل , و تطابق الإيجاب و القبول و توافقهما , يعني اتفاق الارادتين على إبرام العقد و تنفيذه بحسب النية المشتركة للمتعاقدين و بحسن نية .[3]

و بالاستناد إلى نصوص القانونين الأردني و المصري فان الأصل أن الإرادة الحقيقية هي التي تنشئ العقد و تكونه وتنفذه , لكن أحيانا لا يعكس التعبير عن الإرادة , الإرادة الحقيقية ," فنكون أمام إرادة ظاهرة و هي التعبير عن الإرادة , و بنفس الوقت أمام إرادة خفية و هي الإرادة الحقيقية الباطنة ."[4] لذلك أحاط القانون الأردني و المصري الإرادة بالحماية من خلال نظام عيوب الإرادة ومن خلال إعمال مبدأ حسن النية . وهدف مبدأ حسن النية أن تكون الإرادة الظاهرة للمتعاقدين هي عين الإرادة الحقيقية , إذ ليس من حسن النية أن تكون للمتعاقد ارادتان

---

[1] المادة ( 93) من القانون المدني الأردني و والمادة (90) من القانون المدني المصري .
[2] المادة (91) من القانون المدني الأردني .
[3] المادة (99) من القانون المدني الأردني و المادة(89 )من القانون المدني المصري .
[4] سليم , عصام أنور (2001) . أسس الثقافة القانونية , المكتب الجامعي الحديث , الإسكندرية , مصر , ص 259 .

مختلفتان إحداهما ظاهرة غير حقيقية و أخرى خفية حقيقية . فالإرادة تنشئ العقد و تكونه و تنفذه و تخلق الالتزام للتقيد به , و العقد أي عقد هو ارتباط إرادة بإرادة و تطابقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه , و يترتب على هذا الارتباط و التوافق بين الارادتين التزام كل من المتعاقدين بما وجب عليه للأخر بموجب القوة الملزمة للعقد , "ولذلك ونظرا لجسامة الوظيفة القانونية التي تقوم بها الإرادة ",[1]حرص المشرع على أن تكون الإرادة في تكوينها للعقد و تنفيذها له سليمة و غير معيبة , من خلال تطبيق نظام عيوب الإرادة و تدعيمه برقابة حسن النية ." مع تقييدها بقيود لحماية المصلحة العامة و النظام العام و الآداب و مراعاة التوازن بين حقوق الأطراف لغايات تحقيق العدالة ".[2]

لذلك يخلص الباحث إلى أن الفرق بين الإرادة و مبدأ حسن النية , أن هذا المبدأ يراقب مشروعية و سلامة الإرادة . فقد أعطاه المشرع حق الرقابة على الارادات التي تنشئ العقد و تنفذه , و تقوم هذه الرقابة من لحظة إبرام العقد إلى تنفيذه , وحصول كل من المتعاقدين على مبتغاه من العقد . فمبدأ حسن النية قيد على الإرادة لمصلحتها لترتد دائما إلى حدود الشرعية , و الغاية من كل هذا , حماية إرادة المتعاقد من كل ما يعيب إرادته , ومن كل ما يؤثر على غايته المشروعة من العقد , سواء أكان في نية المتعاقد الإضرار بالمتعاقد الأخر أم الإهمال في أداء واجباته. وحسن النية في هذا ليس قيدا يحد من حرية الإرادة و الاختيار , بل هو قيد لصالح الإرادة , و لغايات تحقيق التوازن العقدي و الحد من الغش و التعسف الذي قد يلحق بالمتعاقد .

كما تمتد رقابة مبدأ حسن النية على الإرادة إلى تفسير العقد . هذه الرقابة تقتضي من المحكمة عند تفسير عبارات و شروط العقد الغامضة أو غير الواضحة , أن تستبعد كل تفسير يبنى على التضليل أو الغش أو سوء النية , بل يجب أن تبني تفسيرها على مقتضيات حسن

---

([1]) العمروسي , أنور (2003) . عيوب الرضا في القانون المدني , الطبعة الأولى , منشأة المعارف , الإسكندرية , مصر , ص 4 .
([2]) خزاعله , شمس الدين (2005) . نطاق سلطان الإرادة , دراسة مقارنة , دار الكتاب الثقافي , اربد , الأردن , ص 26 .

النية . فلا تقبل مثلا من متعاقد استغلال خطا المتعاقد الأخر في تعبيره عن إرادته . و رقابة مبدأ حسن النية لا تقتصر على إرادة أحد المتعاقدين دون الأخر , بل تشمل النية المشتركة للمتعاقدين . فإذا كانت عبارة العقد مثلا غير واضحة أو مبهمة , بحيث تحتمل في جزئياتها أو في جملتها اكثر من معنى , يلجا إلى التفسير , و الجوهري في هذا , الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين لا الإرادة الفردية لكل منهما.(1) و أبعد من ذلك يتجه مبدأ حسن النية من خلال رقابته على النية المشتركة للمتعاقدين , لمنع اتفاق إرادة المتعاقدين إلى إبرام عقد ما و تنفيذه بقصد إلحاق الضرر بالغير , كما لو ابرم عقد بقصد ارتكاب جريمة .

يخلص إلى أن كل ما يصدر عن الإرادة خاضع لرقابة مبدأ حسن النية , فالذي يعيب إرادة المتعاقد الأخر بإكراهه أو بإيقاعه بالغلط أو بالتغرير به مثلا سئ النية . وما يقوم به مبدأ حسن النية عمليا الإسهام مع الأحكام الخاصة بعيوب الإرادة , في توافر الحماية للإرادة لضمان سلامتها و عدم تعيبها , و من هنا يتضح تميز و اختلاف مبدأ حسن النية عن الإرادة.

"و الذي لا ريب فيه أن قاعدة حسن النية تنطبق على كل الحقوق و الالتزامات و العقود و الأعمال القانونية , و أن إرادة المتعاقدين هي التي تنشئ الالتزام و تخلقه ",(2) حسبما تؤدي إليه النتيجة الحتمية لمبدأ سلطان الإرادة . فعند أصحاب نظرية الإرادة الباطنة يجب البحث عن إرادة المتعاقدين , فيما استقر في نفسيهما و انطوى عليه ضميرهما , و أن هذه هي الإرادة الجديرة بالاعتبار في خلق الالتزام و تحديد مداه . و أما التعبير عن تلك الإرادة فإنه ليس إلا قرينة على تلك الإرادة تقبل إثبات العكس , و لا يعتد به إلا بقدر ما يفصح عنها , أي عن الإرادة بأمانة و إخلاص و دقة . أما عند أصحاب نظرية الإرادة الظاهرة فان ما ينتج أثرا قانونيا إنما هو

---

(1) طلبه , أنور (2004) . المطول في شرح القانون المدني , الطبعة الأولى , الجزء الثالث , المكتب الجامعي الحديث , الإسكندرية , مصر , ص 61 .
(2) الرقاد , الحق في الحبس في القانون المدني الأردني , مرجع سابق , ص 253 .

الإفصاح عن الإرادة , دون حاجة إلى تحسس ما تنطوي عليه النفس من نيات .(1) إذ إن القانون ظاهرة اجتماعية , فيجب أن يكون للإرادة مظهرها المادي دون الاقتصار على المظهر النفسي , و هو ما تستقر به المعاملات .على أن ما يستحق الإشارة إليه في هذا السياق , أن أصحاب كل من هاتين النظرتين لا يجحد قيام الأخرى فكما أن أنصار الإرادة الباطنة يعتبرون الإرادة الظاهرة دليلا عليها , فكذلك يستلزم القائلون بالإرادة الظاهرة , أن يكون لها أساس في الإرادة الداخلية في خصوص التعبير ذاته , و مع ذلك فانه عند أصحاب نظرية الإرادة الظاهرة يقوم التعامل أساسا على الثقة المشروعة , وعندهم أن قوة العقد الملزمة إنما يجب أن تكون مبناها العدالة و المصلحة العامة . و أنه و إن كان للإرادة الباطنة اعتبارها في بعض الأوضاع , فان الغلبة صارت لنظرية الإرادة الظاهرة , لأنها تعاون إلى حد كبير على سرعة الإنجاز في المعاملات , و في استقرارها و الاطمئنان إليها . و على كل ففي الحالين قد صار حسن النية أمرا مقررا , يجب تقصيه في نطاق البحث عن الإرادة القانونية , و هو مفترض أساسا بمعنى أن تعامل كل فرد إنما يقوم أصولا على حسن نيته و أمانته و إخلاصه , إلى أن يثبت العكس على من يدعيه" (2).

**ثانيا : تميزه عن الباعث**

إن الحديث عن حسن النية يقود إلى الحديث عن الباعث , فالباعث يرتبط بمفهوم النية التي يجب أن تتجه إلى غرض مشروع , لا يتعارض مع النظام العام و الآداب العامة , فالباعث يرتبط بالمشروعية , فما يحدد حسن أو سوء نية المتعاقد هو مشروعية الباعث .(3) "فلكي يكون العمل القانوني صحيحا بالاضافه إلى الشروط الأخرى , يجب أن يكون قد تم نتيجة لباعث

(1) السنهوري , مرجع سابق , ص 191 – ص193 .
(2) عامر , حسين (1998) . التعسف في استعمال الحقوق و إلغاء العقود , الطبعة الثانية , الهيئة المصرية للكتاب , القاهرة , مصر , ص 78 _ ص79.
(3) انظر صفحة 69 _ ص70 من هذه الأطروحة .

مشروع , أي يكون سببه متوافقا مع الأخلاق العامة و النظام العام و القوانين الإلزامية . صحيح أن الدستور والقوانين المدنية أقرت للفرد حرية التعاقد و التصرف بأمواله و الالتزام بالتزامات , إلا أن هذه الحرية يحدها الحفاظ على القيم الأخلاقية و الاجتماعية التي تقوم عليها مفاهيم و ثقافة شعب معين . كما تحدها الأنظمة و القوانين المنظمة للحياة العامة و التي لا يجوز المساس بها , لان أمن المجتمع يفرضها فيعلو بها على المصالح الفردية , و بالتالي إذا كانت حرية القيام بعمل قانوني هي الأصل , إلا انه يجب أن لا يتم هذا العمل بنية المساس بالمبادئ و القيم و الأنظمة المنوه بها آنفا" .[1]

و لتحديد مفهوم الباعث و تميزه عن مبدأ حسن النية , لا بد من التميز بين السبب كسبب للالتزام و السبب كسبب للعقد , و هذا يقتضي الحديث عن النظرية التقليدية و النظرية الحديثة للسبب . "فالسبب بحسب النظرية التقليدية هو الغرض المباشر من العقد أي سبب الالتزام , أما السبب بحسب النظرية الحديثة فلا يقتصر على الغرض المباشر , بل يمتد إلى الغرض البعيد الذي دفع المتعاقدين للتعاقد أي سبب العقد . فإذا كان الحديث عن بيع منزل مثلا فان الغرض المباشر للبائع هو الحصول على الثمن , وهو في اغلب الأحوال مشروع , أما الغرض غير المباشر أي البعيد , فهو يختلف من شخص إلى أخر ومن عقد إلى أخر , فقد يكون شراء منزل أو استخدام الثمن في القمار أو لأغراض أخرى , كما انه قد يكون مشروعا وقد يكون غير مشروع" .[2]

---

([1]) العوجي , مصطفى (1992) . القاعدة القانونية في القانون المدني , الطبعة الأولى , مؤسسة بحسون للنشر و التوزيع , بيروت , لبنان , ص 213 .

([2]) السرحان , عدنان و خاطر , نوري , مصادر الحقوق الشخصية , الالتزامات , مرجع سابق , ص 184_ ص 195 . و منصور , محمد حسين ( 2000) . مصادر الالتزام , ص 220 .

و لا بد لكل عقد من سبب مشروع و العقد الذي لا سبب له باطل .(1) ويقصد بالسبب , الغاية أو الغرض المباشر المقصود في العقد أي الذي دفع المتعاقدين إلى التعاقد .(2) أما الباعث على التعاقد فهو العكس من السبب , فهو الغرض البعيد من العقد , ومن هنا نشأت في القوانين الحديثة نظريتان , النظرية التقليدية للسبب و النظرية الحديثة . النظرية التقليدية وتقف عند الغرض المباشر المقصود من العقد فالسبب الذي دفع البائع إلى البيع هو رغبته بتملك الثمن , و السبب الذي دفع المشتري للشراء هو رغبته بتملك المبيع , وهذا هو الغرض المباشر الذي يكون في الغالب مشروعا.

أما النظرية الحديثة و هي التي لا تقف عند الغرض المباشر المقصود من العقد , على عكس النظرية التقليدية , بل يجب الذهاب إلى ابعد من ذلك , و بحث الدافع النفسي البعيد . فإذا اشترى المشتري العقار ليتملكه و ليكون سكنا له فهذا باعث مشروع , أما إذا اتخذه بيتا للدعارة فان باعثه غير مشروع , و هو بذلك سئ النية , و الباعث يمكن أن يكون مشروعا و قد يكون غير مشروع كما سلف . و ما يميز تبني النظرية الحديثة أنها تسمح ببحث نية المتعاقد مشروعة كانت أو غير مشروعة , و هذا مجال عمل مبدأ حسن النية. حيث إن الباعث البعيد يسمح لمبدأ حسن النية بمراقبة الباعث أي بموجب النظرية الحديثة , و عليه فإن الباحث يستنتج بأن القوانين التي تأخذ بمبدأ حسن النية و لا تأخذ بالنظرية الحديثة للسبب أو لا تزاوج بين النظريتين قول غير دقيق , وهذا ما ينطبق بالنسبة للقانون الأردني و القانون المصري و القانون الإنجليزي .

ولا بد من الإشارة إلى أن" السبب معياره موضوعي في العقد , و لا يتغير في النوع الواحد من العقد . أما الباعث أي السبب وفقا للنظرية الحديثة فمعياره ذاتي , و هو خارج عن

---

(1) المادة( 1/166) من القانون الأردني و المادة (136) من القانون المصري .
(2) المادة 165 من القانون الأردني .

العقد و يتغير من عقد إلى أخر بتغير المتعاقدين , و لا يجوز أن يعتد بالباعث الذي دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد , إذا كان الباعث مجهولا من المتعاقد الأخر ".[1] و الباعث يفترض فيه انه مشروع و من يدعي العكس عليه إثباته .[2] " و العلة في ذلك الافتراض أن السبب يتنازعه عاملان : إحداهما استقرار المعاملات مما يؤدي إلى الاعتداد بالتعبير عن الإرادة لا بالإرادة ذاتها , أي بالإرادة ذاتها المتمثلة بصيغة العقد و عباراته و ألفاظه لا بالإرادة الباطنة. أما العامل الثاني فهو العوامل الأدبية و الخلقية و الدينية , مما يجعله محلا للاعتداد بالباعث الذي تقاس به شرف النوايا و طهارتها" .[3]

وقد أخذ المشرع الأردني بالنظرية التقليدية و الحديثة للسبب ولازم بينهما , فقد نصت المادة (165) من القانون المدني الأردني على أن "السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد ", واشترط في (166) المنفعة المشروعة لعاقديه أي أن يكون الباعث الدافع إلى التعاقد مشروعا , و إلا كان العقد غير صحيح . و اعتبر في المادة ( 2/164) أن "العقد الذي يتضمن شرطا مخالفا للنظام العام و الآداب , يعتبر باطلا إذا كان هو الدافع إلى التعاقد" . و المشرع الأردني بذلك اتخذ موقفا وسطا و لازم بين هاتين النظريتين , فقد اعتبر السبب ركنا في العقد , واعتد بسبب الالتزام كغرض مباشر مقصود من التعاقد , فأخذ بهذا بالنظرية التقليدية للسبب , كما هو واضح من نص الفقرة الأولى من المادة (165) من القانون المدني الأردني , ثم جاء بالفقرة الأولى من المادة( 166) انه(1. لا يصح العقد إذا لم تكن فيه منفعة مشروعه لعاقديه 2. و يفترض في العقود وجود هذه المنفعة المشروعة ما لم يقم الدليل على غير ذلك). و هذا هو الباعث بحسب النظرية الحديثة فالمقصود بالسبب في القانون الأردني الغرض المباشر من العقد

---

(1) السنهوري , عبد الرزاق (1998) . الوسيط في شرح القانون المدني الجديد , المجلد الأول , ص 598 _ ص599.
(2) المادة (137) من القانون المدني المصري .
(3) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني , الجزء الأول , ص 164 .

و الدافع الأبعد إلى التعاقد .[1] و قد افترض المشرع الأردني المشروعية في الباعث , و هذا الافتراض يقبل إثبات العكس , فكل عقد يعد مشروعا من ناحية الباعث و على مدعي خلاف ذلك إثبات مدعاه .[2] فإذا كان الباعث مشروعا قام العقد صحيحا , و إذا كان غير مشروع بطل العقد , حتى لو كان لدى المتعاقد بواعث أخرى طالما كانت ثانوية .[3]

أما موقف المشرع المصري فانه كموقف المشرع الأردني , حيث يعتبر السبب ركنا من أركان العقد , " فإذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا ".[4] و جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي المصري , أن القانون اختار اتباع التقنينات اللاتينية حيث إن السبب كما يصوره القضاء الفرنسي والمصري يأتي بمعنى الباعث , يدخل في نطاق القانون عنصرا نفسيا من الأخلاق يحد من نزعته المادية , و جاء في موقع أخر انه يقصد بالسبب معناه الحديث فهو الباعث في التصرفات القانونية . و إن كان الفقه قد اختلف في مصر حول موقف المشرع المصري من الباعث , فالبعض قال بالنظرية التقليدية و منهم من زاوج بين النظريتين . و نحن لا نرى مقتضيا لاستبقاء النظرية التقليدية و تكميلها بالحديثة , إذ إن النظرية التقليدية لا نفع فيها . و القضاء المصري اكثر تمشيا من الفقه مع النظرية الحديثة, و أخذ بها في كثير من الأحكام , و قد اقتفى في ذلك اثر القضاء الفرنسي [5].

فالسبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد لا مجرد الغرض المباشر المقصود في العقد , و هو أمر نفسي خارج عن العقد يتغير بتغير العقد , ولا بد أن يكون السبب معلوما من المتعاقد

---

[1] السرحان و خاطر مصادر الالتزام , ص 184 _ص 195.
[2] ابو البصل , عبد الناصر ( 1999) . دراسات في فقه القانون المدني الأردني , النظرية العامة للعقود , الطبعة الأولى , دار النفائس , عمان , الأردن , ص 202 .
[3] أبو الليل , إبراهيم ( 1995 ) . المصادر الإرادية للالتزام , العقد و الإرادة المنفردة , الطبعة الأولى , (لان) ,(لام) , جامعة الكويت , الكويت , ص 231 .
[4] المادة (136) من القانون المصري .
[5] السنهوري( 1998 )ص 514_ ص517.

الأخر , فإذا كان الباعث الذي دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد غير مشروع , و لم يكن المتعاقد الأخر يعلم بهذا الباعث وليس باستطاعته أن يعلم به , فإنه لا يعتد بعدم المشروعية هنا و يكون العقد صحيحا , و هو يقوم هنا لا على الإرادة الحقيقة فهي غير مشروعة و لكن على الإرادة الظاهرة.(1)

و لتوضيح التمايز بين مبدأ حسن النية و الباعث لا بد من الإشارة إلى شرط مشروعية الباعث , حيث لا يشترط في السبب إلا شرط واحد وهو أن يكون مشروعا, و من اجل المشروعية وحدها قامت نظرية السبب .(2) " إذ أن اشتراط المشروعية هو المجال الحيوي لنظرية السبب , فعن طريق مراقبة المشروعية يبسط القانون ظلال الأخلاق على دائرة التعاقد و يراقب بذلك مشروعية البواعث و النيات " .(3) فكما سلف يتميز الباعث بأنه شي خارجي عن العقد , فلا يذكر بالعقد ضرورة و لا يستخلص حتما من الالتزام , و هو شي ذاتي للملتزم إذ يرجع إلى نواياه و ما يتأثر به من دوافع ,وهو شي متغير من عقد إلى أخر ,فالباعث للمشتري في عقد غير الباعث للمشتري في عقد أخر.(4) فلابد من استبعاد النظرية التقليدية لأنها عاجزة عن مواجهة مسالة مشروعية السبب في العقد عندما يكون الباعث غير مشروع.(5) فاشتراط المشروعية هو الضابط لتقدير مدى اتفاق العقد مع النظام العام و الآداب.(6) و يندرج في إطار مشروعية السبب السبب وجوب أن يكون السبب حقيقيا و ليس كذبا , و يتحقق الكذب عندما يعمد المتعاقدان عن سابق تصور و تصميم إلى الصورية , بإخفاء السبب الحقيقي و هو في العادة غير مشروع وراء سبب ظاهر مشروع . كأن يوقع المدين سندا يقر فيه أن الدين المترتب في ذمته نشأ عن قرض , في حين أن سبب الدين الحقيقي هو دين قمار.و طبيعي أن العبرة بالسبب الظاهر إلى أن

---

(1) منصور , مصادر الالتزام , مرجع سابق , ص 221 .
(2) أبو البصل , دراسات في فقه القانون المدني , مرجع سابق , ص 202 .
(3) تناغو , سمير (2000) . مصادر الالتزام , (لان) , الإسكندرية , مصر , ص 81 _ ص86 .
(4) السنهوري( 1998) . مرجع سابق , ص 478 .
(5)محاسنه ,محمد , مفهوم السبب , ص 90.
(6)منصور , مصادر الالتزام , مرجع سابق , ص 220 .

يثبت من يدعي أن الالتزام قام على سبب آخر غير مشروع , و يمكن إثبات ذلك بجميع طرق الإثبات .[1]

و بهذا تظهر علاقة السبب بمبدأ حسن النية و تمايزه , حيث ظهر أن الباعث الدافع على التعاقد يتطابق مع مفهوم النية بما تعنيه من ظاهرة نفسية , تقود الفرد ليعقد العقد ليحقق غايته منه , و بهذا ينظر إلى السبب على الباعث و الدافع . مما يسمح لمبدأ حسن النية بمراقبة الباعث , حيث إن مبدأ حسن النية يعتبر قيد المشروعية في العقود , حيث لا يمكن تصور متعاقد حسن النية ولديه باعث غير مشروع. فالباعث الذي يكون مضمونه إلحاق الضرر بالغير يعتبر غير مشروع فما يخالف المصالح المشروعة يعتبر غير مشروع , فإذا كان المقصود من العقد أو الدافع إليه هو إلحاق الضرر بمصالح شخص معين , فان الباعث يعتبر غير مشروع و بذلك يظهر سوء نية المتعاقد .[2]

و عليه فان الباعث حتى يكون معتبرا و صحيحا يجب أن يكون مشروعا , "و السبب المشروع هو السبب الذي لا يتعارض مع تحريم صريح في القانون و لا يخالف النظام العام و الآداب ".[3]و حيث أن مبدأ حسن النية يرتبط بفكرة المشروعية بل هي التي تحدد كون المتعاقد حسن أو سئ النية , فمن يلجا إلى الغش لتحقيق منافع عقدية ومن يتعسف في استعمال الحق بقصد إلحاق أضرارا بالغير , يقوم بعمل غير مشروع و باعثه غير مشروع , و بالتالي هو سئ النية سواء كان تصرفه مخالفا للنظام العام و الآداب العامة أم لا . حيث إن مبدأ حسن النية يوفر الحماية للمصالح الخاصة و العامة , وعليه فالحماية التي يوفرها القانون لا تقتصر على

---

([1]) اللصاصمة , عبد العزيز (2005) . مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني , الطبعة الأولى , دار رند للنشر , الكرك , الأردن , ص 134 .

([2])حداد , رومان منير (2000) . حسن النية في تكوين العقود , رسالة ماجستير , كلية الدراسات القانونية و الفقهية , جامعة ال البيت , المفرق , الأردن , ص 67 – ص72 .

([3])تناغو , مصادر الالتزام , مرجع سابق , ص 81 .

حماية المتعاقد في تنفيذ العقود مما يخالف النظام العام , فقط بل يمتد لأي اعتداء على مصالحه المشروعة حتى لو لم يرق الاعتداء إلى حد مخالفة النظام العام .(1)

و بهذا يظهر اختلاف مبدأ حسن النية عن السبب بمفهوميه القديم و الحديث , بالرغم من أن هناك ارتباط بين مبدأ حسن النية ونظرية السبب من حيث إن كليهما يرتبط بحاله نفسية , يجب أن تكون مشروعة ليمكن اعتبارها تتفق و أحكام القانون . إلا أن الاختلاف واضح بينهما حيث أن مبدأ حسن النية يراقب و يحرص على أن يكون الباعث الدافع للتعاقد مشروعا و غير مخالف للنظام العام و الآداب , من لحظة إبرام العقد إلى حين انقضائه بتنفيذه. و بهذا يتحدد كون المتعاقد حسن أو سئ النية من خلال التأكد من أن الباعث مشروع , فإذا كان كذلك فان المتعاقد يعتبر حسن النية من ناحية الباعث , أما إذا كان غير مشروع فان المتعاقد يكون سئ النية , فمبدأ حسن النية رقيب على مشروعية الباعث .

أما في القانون الإنجليزي " فان فكرة المقابل تناظر فكرة السبب , حيث يعتبر ذكر المقابل في العقد ركنا أساسيا من أركان العقد . و يعرف المقابل بأنه الشيء الذي يغري طرفا ما على الدخول في العقد , ويشترط في المقابل أن يكون مشروعا وان لا يكون منافيا للأخلاق".(2) فالمقابل جسد فكرة الصفقة لأنه يستند إلى عناصر موضوعية و مادية , و هو بفكرة الصفقة يقترب إلى حد كبير من نظرية السبب الموضوعية .(3)

إن نظرية السبب في القانون الإنجليزي هي نظرية مادية , فالعقود في هذا القانون نوعان : شكلية و تستمد صحتها من مجرد استيفائها للشكليات المقررة قانونا , و رضائية أو عقود بسيطة , حيث لا بد من وجود السبب لها الذي هو عبارة عن سبب الالتزام بمعناه المادي كعنصر

---

(1) حداد , مرجع سابق , ص 70 _ ص77 .
(2) صبرة , محمود علي ( 2003) . ترجمة العقود المدنية , دار الكتب القانونية , القاهرة , مصر , ص 80. .
(3) فتحي عبدالله , مرجع سابق , ص 431 _ ص432 .

داخلي في العقد . فيقتضي وجود السبب في كل عقد بسيط , بحيث إن عدم وجود السبب يستتبع انعدام العقد لفقدانه أحد أركانه الأساسية , و لا يمكن طلب تنفيذ ذلك العقد أمام القضاء , و بوجوده تستوفي العقود البسيطة شروط صحتها. و قد حاول القضاء الإنجليزي تعريف السبب في قضية (Curie _Misa ) بأنه حق أو فائدة أو كسب أو ربح لصالح المدين في مقابل حرمان أو ضرر أو خسارة أو مسؤولية تقع على الدائن .[1]

و قد اشترط القانون الإنجليزي ثلاثة شروط في السبب ,و هي بان يكون حقيقيا مما يعني في نظره أن يكون للسبب قيمة مادية ,[2] و ليس من الضروري أن تكون الالتزامات متعادلة , و لكن هذا الإخلال يجب أن يبقى مقبولا , و لا يمكن أن يصل إلى الحد الذي يكون معه السبب صوريا . و أن يكون السبب حاضرا , مما يعني أن القانون الإنجليزي لا ينظر إلى الماضي , و كمثال على ذلك إذا تعهد شخص لأخر بان يدفع له مبلغا من المال , مقابل خدمه كانت قد أسديت له , فإن مثل هذا التعهد باطل , لان الدائن لا يقدم شيئا في العقد الحاضر , و إن قدم في الماضي فهذا يعني أن الاعتبار الماضي لا قيمة له , طالما لم يصدر عن العقد نفسه . و الشرط الثالث للسبب أن يكون مشروعا , أي أن يكون غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة و أحكام القانون الملزمة . هذه هي نظرة القانون الإنجليزي للسبب الذي بقي متأثرا بالشكليات الرومانية , باستثناء بعض العقود البسيطة التي اشترط فيها وجود السبب , و الذي كان يعرف بالسبب المتقوم و هو عبارة عن النظرة التقليدية للسبب .[3]

و بالرغم من أن القانون الإنجليزي تطلب أن يكون السبب مشروعا , بأن لا يخالف قواعد القانون العام أو مخالفة النظام العام أو الآداب . فانه لم يرق في تنظيمه للسبب إلى مرتبة

---

([1]) عبده , محمد علي (2004) . نظرية السبب في القانون المدني , دراسة مقارنة , الطبعة الأولى , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , لبنان , ص 96 .
([2]) محاسنة , مرجع سابق , ص 77 .
([3]) عبده , محمد على , نظرية السبب في القانون المدني , ص 97 .

السبب كما فهمه القضاء الفرنسي , إلا أن تنظيم الإنجليز للسبب يؤكد الجانب الموضوعي في السبب (المادي) والذي يرفضه أنصار النظرية الحديثة .[1] و الصفة المادية والموضوعية البحتة للمقابل هي السمة العامة التي تقربه للسبب الموضوعي , حيث يكون تسليم الأداء أو تنفيذ العمل الموعود فيه هو معيار صحة العقد .و الفرق الوحيد أن الأداء يجب أن يكون متناسبا متعادلا اقتصاديا بالضرورة , على العكس من ذلك في القانون الإنجليزي حيث انه من الممكن أن يكون المقابل للأداء المنفذ أو الموعود بتنفيذه , معادلا اقتصاديا حقيقيا كما يجوز أن يكون رمزيا مجازيا .[2]

و على الرغم من هذه النظرة المادية للسبب فان القضاء الإنجليزي بحث الباعث البعيد غير المباشر للعقد , و قضى ببطلان الاتفاقات التي يكون باعثها غير مشروع , و وصل إلى ذات الحلول التي قررتها التشريعات اللاتينية فيما يتعلق بفكرة المقاصد غير المشروعة . وقد حكم القضاء الإنجليزي ببطلان الاتفاقات التي يكون الباعث منها غير مشروع حتى لو كان أطرافها حسن النية .[3] كأن يكون بقصد ارتكاب جريمة أو غرض غير مشروع .[4] و مهما يكن فان السبب له علاقة وطيدة بذهنية المتعاقد وقدراته الذهنية و تزاحم الأفكار لديها , و قدرة الإنسان على التخيل لمجموعة أشياء كثيره ليس لها حدود فالسبب حالة ذهنية.[5] تسمح لمبدأ حسن النية ممارسة رقابته على تلك الحالة الذهنية, لذلك فعلى القاضي البحث عن نية المتعاقد للوقوف على الدافع إلى التعاقد , سواء في القانون الأردني أو المصري أو الإنجليزي , لمعرفة حقيقة نيته سواء أكانت حسنة أم سيئة .

---

(1) محاسنه , مرجع سابق , ص 77 _ص 78 .
(2) فتحي عبداله , ص 443.
(3) القوني , مرجع سابق , ص 30 _ص31 .
(4) Mckendrick , ewan , .(1990) contract law , Macmillan masters , London , england , page 211
(5) محاسنة , مرجع سابق , ص 81 .

## المطلب الثاني :أسس ووظائف مبدأ حسن النية

يجب تحديد أسس الأخذ بمبدأ حسن النية و وظائفه باعتباره مبدأ يلعب دورا أساسيا في تنظيم تنفيذ العقد , و ذلك لمعرفة تطبيقاته و مدى التزام الأطراف به عند التنفيذ , و في حال مخالفة إحدى هذه الأسس من قبل أحد الأطراف فانه يكون قد أخل بمبدأ حسن النية و يتحمل الآثار المترتبة على ذلك الإخلال , بمعنى أن حسن النية ينتفي بانتفاء إحدى هذه الأسس .

وتتمثل هذه الأسس أولا بانتفاء الغش و التواطؤ فمبدأ حسن النية هو ضمان أن لا يقع أحد ضحية للغش أو التواطؤ , و ثانيا عدم التعسف في استعمال الحق فمن يستعمل حقه إضرارا بالمتعاقد الأخر يعد سئ النية فهناك علاقة مباشرة بين مبدأ حسن النية و الامتناع عن التعسف في استعمال الحق , و أخيرا عدم الإخلال بالتوازن العقدي و هذا التوازن ما هو إلا تطبيقا لمبدأ حسن النية و هذا ما سأبحثه في الفرع الأول من هذا المطلب .أما الفرع الثاني فيتناول وظائف مبدأ حسن النية والتي تهدف إلى الوصول إلى التنفيذ السليم و القانوني , الذي يحقق غاية كل متعاقد .

### الفرع الأول :أُسس الأخذ بمبدأ حسن النيُة

يقوم الأخذ بمبدأ حسن النية على ثلاثة أسس أو اعتبارات رئيسية وهي انتفاء الغش والتواطؤ وعدم التعسف باستعمال الحق وعدم الإخلال بالتوازن العقدي، فإذا تحققت هذه الأسس ثبت حسن النية ,و ظهر التزام المتعاقدين بما تفرضه القوة الملزمة , فتستقيم الحياة القانونية ويستقر التعامل . فحيثما يسود مبدأ حسن النيّة، يختفي الغش والتواطؤ، والتعسف باستعمال الحق والإخلال بالتوازن العقدي، وهذه هي النتائج الأساسية للأخذ بمبدأ حسن النيّة , وسيقوم الباحث باستعراض هذه الأسس الثلاثة تباعاً .

**أولاً: انتفاء الغش والتواطؤ**

لتوضيح فكرة الغش ومن ثم ارتباطها المباشر بسوء النية , ينبغي بيان معنى الغش اللغوي و الاصطلاحي . فيطلق الغش لغة و يراد به نقيض النصح , و هو مأخوذ من الغشش أي المشرب الكدر , و قد غشه يغشه غشا : لم يمحضه النصيحة . كما ورد أن الغش يراد به: تزيين غير المصلحة , بمعنى : أن يظهر خلاف ما يضمر . فالغش له استعمالات متعددة في اللغة , فتارة يطلق الغش و يقصد به نقيض النصح , و تارة أخرى يطلق و يراد به الغل و الخداع , كما يرد بمعنى إخفاء الحقيقة , و إظهار الشيء بخلاف ما هو الحال في الواقع.[1] أما اصطلاحا فلم يقدم القانون الأردني أو القانون المصري أو القانون الإنجليزي تعريفا للغش باعتباره من موجبات الأخذ بمبدأ حسن النية , وترك أمر تعريفه واستظهاره للفقه و القضاء . أما اصطلاحا فيقصد بالغش كل تصرف أو عمل يباشر بنية الخداع للتهرب من التزام تعاقدي أو قانوني,[2] فهو خداع يصدر من شخص ضد أخر بعد إبرام العقد أو وجود الالتزام بقصد الإضرار

---

(1) السروي ,محمد , الغش في المعاملات المدنية , مرجع سابق , ص 38 _ص39 .
(2) يوسف , سنيه (2002) . غش الخصوم كسبب للطعن بالتماس اعادة النظر , دار الجامعة الجديدة , الإسكندرية , مصر , ص 104 .

بالغير , كما و قد تقع الحيلة خارج نطاق العقد بقصد الإضرار بصاحب الحق .[1] أو أن يعرف الغش انه كل خدعة تقع بعد انعقاد العقد في أثناء التنفيذ , كما وتقع هذه الحيلة خارج نطاق العقد بقصد الإضرار بصاحب الحق , و ذلك كالمدين الذي يبيع أمواله أو يهبها ليمنعها من الوقوع في قبضة دائنيه, كتعمده تقديم معلومات غير صحيحة يحتاجها للمتعاقد الآخر.[2] و الغش يتضمن سوء النية و القصد الخبيث , و ذلك باستخدام المدين وسائل بقصد الوصول إلى غرض غير مشروع لإيقاع الدائن في غلط , يدفعه إلى قبول التنفيذ بالكيفية المعيبة التي تم بها. ولما كان الغش احتيالا غير مشروع بقصد خبيث سواء تم ذلك بالطريق الإيجابي أم بالطريق السلبي , فان الغش يحتم سوء النية بل و يفرضه , بسبب ما يصاحبه من رغبة داخلية خبيثة . مما دعا البعض إلى القول بان الغش مرادف لسوء النية , غير أن القول بان الغش هو سوء النية تحديد غير دقيق , فليس كل سوء نية غشا . ولكن الشيء الأكيد أن الغش يقوم على سوء القصد و سوء النية , و بناء على ذلك يكون الغش حيل مقرونة بسوء نية بهدف الإضرار بالغير .[3]

فلا شك أن الغش يعتبر أمرا غير قانوني في تنفيذ العقود , يقيم مسؤولية المتعاقد الغاش , لأنه بغشه يكون قد أخل بما تفرضه عليه القوة الملزمة و حسن النية , فضلا عن منافاته لقواعد الأخلاق و العدالة . وعليه يُعتبر انتفاء الغش والتواطؤ أحد الأسس التي تشير إلى حدود ونطاق مبدأ حسن النيّة . فالغش في تنفيذ العقد يعتبر خروجا عمديا على حدود القوة الملزمة للعقد , والغش حالة إرادية تتضمن نية الإضرار , حيث إن نية المتعاقد الغاش اتجهت إلى الإضرار بالمتعاقد الأخر. و يفترض هنا توافر نية و رغبة المتعاقد بعدم الالتزام بموجبات القوة الملزمة و الأصول التنفيذية المتفرعة عنها, و التي تتمثل هنا بفعل التحايل أو التضليل أو ما

---

([1]) إبراهيم , أبو الوفا (1997 ) . الحماية الجنائية للدائنين ضد غش المدين بتعمد الإعسار للإضرار بدائنيه , دراسة مقارنة , الطبعة الأولي , دار النهضة العربية , القاهرة , مصر , ص 8 .

([2]) أبو الليل , إبراهيم . (2003) . الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية , عبر أجهزة الاتصال الحديثة "التراسل الالكتروني " ,لجنة التأليف و النشر , جامعة الكويت , الكويت , ص 211 .

([3]) السروي , الغش في المعاملات المدنية ,مرجع سابق , ص 45 _ ص 47 .

شابه . ذلك أن المتعاقد مرتكب الغش بلجوئه إلى طرق تحايلية لتحقيق أغراضه سواء أكانت مشروعة أم غير مشروعة , يعتبر خارجا على ما يقتضيه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود . و استخدام المتعاقد التحايل أو التضليل أو أي وسيلة تشكل غشا , أمر يجسد سوء النية لدى مرتكب الغش و يدل على قصده المساس بحدود القوة الملزمة و بالتالي خروجه على أحكام القانون و إلحاق الضرر بالمتعاقد الأخر أو الغير.

و الغش عمل عمدي إرادي غير قانوني , يتعارض و أحكام القانون . حيث تتجه نية مرتكب الغش إلى إلحاق الضرر بالمتعاقد الآخر عن طريق تضليله وخداعه , وهو ما يتعارض مع مبدأ حسن النيّة ، و يتوافر به سوء النية لدى مرتكب الغش فتقوم مسؤولية ذلك المتعاقد . حتى لو أن مرتكب الغش قد قصد الانتفاع الشخصي , كالتاجر الذي يقوم بأعمال المنافسة غير المشروعة لتحقيق منفعة تجارية خاصة به ، أو كلجوء ناقص الأهلية إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته , كتقديمه شهادة ميلاد مزورة لإبرام العقد وتحقيق منفعة خاصة به, و بهذا تقوم مسؤولية ناقص الأهلية بالتعويض عن الأضرار التي تسبب بها للمتعاقد الأخر بسبب إبطال العقد , إذا كان الأخير حسن النية ,[1] جزاء له على سوء نيته .

" و لكن يجب أن يلجا ناقص الأهلية إلى وسائل احتيالية لانطباق الحكم السابق , حيث أن ناقص الأهلية يستطيع أن لا يجيز العقد حتى لو صرح انه كامل الأهلية , ذلك أن من واجب كل متعاقد أن يتأكد من أهلية من تعاقد معه" .[2] وهذا واجب أي واجب التحري , واجب يفرضه مبدأ حسن النية , حيث إن عدم تثبت أحد المتعاقدين من أهلية المتعاقد الأخر ينزله منزلة سئ النية , ذلك أن إهمال المتعاقد و تقصيره في تحري ما يمليه حسن النية من تبصر و يقظة ,

---

([1]) المادة (134) من القانون المدني الأردني , تقابلها المادة (119) من القانون المدني المصري.
([2]) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني , الجزء الأول , ص 130.

يحرمه من المطالبة بالتعويض إذا ما ابطل العقد , جزاء له على إهماله وتقصيره أي على سوء نيته .

و هناك من ذهب إلى أن" مجرد تعمد التصرف على وجه يخالف أحكام القانون يعتبر غشا".[1]كإفشاء العامل سراً عن عمد لم يكن ليطلع عليه إلا بسبب عمله، إلا أن هذا يدخل في إطار الغش ويشكل خرقاً لالتزامه بتنفيذ العقد بحسن نيّة. و يستثنى من ذلك إفشاء المتعاقد المؤتمن على السر للسر , امتثالا لأحكام القانون. و في إطار تامين الحماية لصاحب العمل من غش العامل و انتهاكه لالتزامه بتنفيذ العقد بحسن النية , قضت المادة (831) من القانون المدني الأردني بان "صاحب العمل لا يتقيد بالمدة المانعة من سماع الدعوى الناشئة عن عقد العمل , و هي سنة واحدة من تاريخ انتهاء العقد , إذا أفشى العامل سرا من أسرار رب العمل".[2]أي أن المشرع جعل لصاحب العمل الحق بالمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تسبب بها العامل بإفشائه أسرار العمل , ضمن مدة التقادم الطويل جزاء للعامل على سوء نيته.[3]

ومع أن الغش عمل غير مشروع ," إلا أنه أحياناً يكون بظاهره عملا مشروعا . كمن يقوم بتنفيذ التزامه بتسليم مبيع تلاعب بحقيقته"،[4] فالتسليم فعل قانوني مشروع لأن المتعاقد في هذه الحالة ينفذ التزاماً عقديا و هذا هو الجانب المادي الذي تقصده القوة الملزمة ، أما التلاعب بوزن المبيع مثلاً أو بجودته , فانه يعني عدم الالتزام بما تفرضه القوة الملزمة من أصول تنفيذية أخلاقية و قانونية , فهذا التلاعب غش وسوء نيّة ، والأصول والقواعد التنفيذية تقتضي من ذلك

---

([1]) حداد، رومان (2000) . حسن النية في تكوين العقد، رسالة ماجستير، مرجع سابق، ص119.
([2]) تقابلها المادة (698) من القانون المدني المصري .
([3]) لاحظ ما ورد في المادة(2/138) من قانون العمل الأردني رقم 8 لسنة 1996 و تعديلاته و التي قررت " لا تسمع أي دعوى للمطالبة بأي حقوق يرتبها هذا القانون بما في ذلك أجور ساعات العمل الإضافية مهما كان مصدرها أو منشؤها بعد مرور سنتين على نشوء سبب المطالبة بتلك الحقوق أو الأجور".
([4]) الملا صالح , مرجع سابق , ص 50 .

المتعاقد , أن يسلم المبيع بأمانة دون تلاعب و بكل ملحقاته . وهذا يؤكد الصلة الوثيقة بين انتفاء الغش وبين مبدأ حسن النيّة ، فحتى يكون المتعاقد حسن النيّة يجب أن لا يرتكب غشاً في أثناء تنفيذه للعقد.

والغش بوصفه حاله من حالات سوء النيّة في مرحلة تنفيذ العقد قد يتخذ صوراً متعددة تتعارض جميعها مع مبدأ حسن النيّة ، ككتمان المتعاقد لمعلومات تهم الطرف الآخر، بقصد أن يجني لنفسه فائدة ، أو أن يلحق الضرر بالمتعاقد الآخر . ككتم المؤمن له أمراً أو تقديمه بياناً غير صحيح , يقلل من أهمية الخطر المؤمن منه، أو يؤدي إلى تغيير في موضوعه، أو كإخلاله عن غش بالوفاء بما تعهد به للمؤمن . الأمر الذي يرتب للمؤمن الحق بطلب فسخ العقد , و استحقاقه الأقساط المستحقة قبل هذا الطلب . و تختلف الصورة إذا انتفى الغش أو سوء النية لديه , كما لو كان يجهل هذه المعلومات أو يعتقد خطا بعدم أهميتها , عندها يجب على المؤمن عند طلبه الفسخ , أن يرد للمؤمن له الأقساط التي دفعها أو يرد القدر الذي لم يتحمل في مقابله خطرا ما .[1] و في سبيل تامين الحماية القانونية الكافية للمؤمن من غش المؤمن له و سوء نيته , فقد قرر المشرع الأردني في المادة (932) من القانون المدني انه" لا يبدأ سريان المدة المانعة من سماع الدعوى الناشئة عن عقد التامين , في حالة إخفاء المؤمن له البيانات المتعلقة بالخطر المؤمن منه أو تقديمه بيانات غير صحيحة , إلا من تاريخ علم المؤمن بذلك ". و إن كان الأصل أن سريان هذه المدة و هي ثلاث سنوات , يبدأ من تاريخ حدوث الواقعة التي تولدت عنها الدعوى أو من تاريخ علم ذي المصلحة بوقوعها , إلا أن المشرع استثنى حالة غش

---

([1]) المادة (928) من القانون المدني الأردني .

المؤمن له و المتمثلة بكتم معلومات أو تقديم معلومات كاذبة للمؤمن, حيث لا يبدأ سريان المدة المانعة من سماع الدعوى في حالة غش المتعاقد , إلا من تاريخ علم المؤمن بذلك الغش .(1)

ومن صور الغش أيضاً إطلاع أحد المتعاقدين الغير على معلومة , قد تلحق ضرراً بالمتعاقد الآخر، فمن الغش الذي يتعارض مع مبدأ حسن النيّة قيام البنك مثلاً , باطلاع الغير على مقدار المبالغ التي أودعها عميل معين , حتى وإن كان الباعث مشروعاً ككسب المنفعة " جلب الزبائن". حيث إن هذا الكسب لا يكون إلا بالإضرار بالمتعاقد الآخر , لهذا فإن الخطأ العمد متحقق . وحيث إنه من الصعب معرفة ما يدور في النفس وكشف نوايا الناس , ومنعاً من الاحتجاج بسوء التقدير وقلة الخبرة لإخفاء حقيقة نية الإضرار بالغير، اعتبر الخطأ الجسيم قرينة على الخطأ العمد ، ودليلاً على توافر سوء النيّة.(2)

والنية الحسنة توجب على المتعاقد أن يمتنع عن الغش , و أن يلتزم بالأمانة و الاستقامة حتى يكون تنفيذه للعقد صحيحا . و المتعاقد يكون مسؤولا في كل حال عن غشه و خطئه الجسيم . و قد عبرت عن هذا المادة (358) من القانون المدني الأردني في معرض بيانها لالتزام المتعاقد ببذل العناية,(3) حيث قررت انه "إذا كان المطلوب من المدين المحافظة على الشيء أو القيام بإدارته أو توخي الحيطة في تنفيذ التزامه , فانه يكون قد وفى التزامه إذا بذل عناية الرجل المعتاد حتى لو لم يتحقق الغرض المقصود ". بمعنى أن بذل المدين لعناية الرجل المعتاد في هذه الحالة ينفي الخطأ من جانبه وبالتالي سوء نيته و يكون قد وفى التزامه هذا وفق ما يقضي به مبدأ حسن النية , إلا إذا اتفق أو نص القانون على أن يبذل المتعاقد عناية اكثر أو عنايته بشؤونه الخاصة , و هنا يسأل المتعاقد عن كل تقصير ببذل العناية

---

(1) المادة (752) من القانون المدني المصري .
(2) الشواربي، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، مرجع سابق , ص 6- 8 .
(3) تقابلها المادة (211) من القانون المدني المصري .

المطلوبة , حيث إن هذا التقصير أو الإهمال  يعني سوء نية ذلك المتعاقد , و هو عين ما ينطبق أيضا بالنسبة للخطأ الجسيم . حيث إن التقصير أو الإهمال في تنفيذ الالتزام أو ارتكاب خطا جسيم في أثناء ذلك أو تعمد إلحاق الضرر بالمتعاقد الأخر يتنافى و حسن النية , لذلك تقوم مسؤولية المتعاقد عن الضرر الذي يتسبب به  بغشه أو خطئه الجسيم أو إهماله في تنفيذ العقد.

و قد طبق المشرع الأردني و المصري و الإنجليزي قاعدة "الغش يفسد التصرفات القانونية كافة ".[1] في العديد من نصوص القانون المدني , و اعتمدها القضاء حتى لو لم يوجد نص صريح عليها , إذ أنها تعتبر قاعدة عامة يمكن للقاضي اللجوء إليها لمعالجة الحالات التي تتضمن غشا , و لم يعالجها المشرع بنص خاص  . وهذا ما اتجهت إليه محكمة النقض المصرية حين ذكرت في أحد أحكامها ," أن قاعدة الغش يبطل التصرفات هي قاعدة سليمة , ولو لم يجر بها نص خاص ".[2]ومن النصوص التي تناولت الغش صراحة ما قرره المشرع الأردني في المادة (934) بان "المؤمن يكون مسؤولا عن أضرار الحريق بسبب خطأ المؤمن له أو المستفيد , ولا يكون المؤمن مسؤولا عن الأضرار التي يحدثها المؤمن له أو المستفيد عمدا أو غشا ولو اتفق على ذلك" .[3] و المادة (689) و التي قضت بان" كل اتفاق يقضي بالإعفاء من ضمان التعرض أو العيب يقع باطلا , إذا كان المؤجر قد أخفى عن غش سبب الضمان" .[4] و المادة (1045) والتي نصت على انه" إذا تمت القسمة  فليس للدائن الذي لم يتدخل , أن يطعن بها إلا في حالة الغش من قبل الشركاء" .[5] و كذلك قررت المادة (1100) عقوبة جزائية على الغش , تتمثل بعقوبة إساءة الأمانة على كل من استولى غشا على شئ من مال التركة , و لو

---

(1) الصراف و حزبون , المدخل إلى علم القانون , ص 85 .
(2) السروي ,  مرجع سابق , ص  59 .
(3) تقابلها المادة (768) من القانون المدني المصري .
(4) تقابلها المادة (578) من القانون المدني المصري .
(5) المادة (842) من القانون المدني المصري .

كان وارثا .[1] فمن كان في يده مال من أموال التركة لم يبلغ عنه بنية تملكه , عد مرتكبا لجريمة إساءة الأمانة حتى لو كان وارثا , و ليس له أن يحتج بأنه يملك من الميراث ما استولى عليه , و ليس هناك ما يمنع من توقيع عقوبات أخرى كعقوبة السرقة متى توفرت أركان الجريمة .[2] من هذا يظهر بشكل جلي حرص المشرعين الأردني و المصري على إبراز صور الغش التي هي من مظاهر سوء النية , و حماية المتعاقد من الغش و أثاره , تجسيدا لرغبة المشرع في ضرورة تنفيذ العقد بطريقة قانونية على اعتبار أن توافر الغش يعني انتفاء حسن النية .

ويعتبر الغش قد وقع في مرحلة تنفيذ العقد عند التلاعب بحقيقة الأشياء بعد تكوين العقد , و إجراء بعض التغيرات في طبيعة الشئ , كالتغير و التزييف الذي يقع على المنتجات و المواد الغذائية أو الحاصلات الزراعية.[3] وكاتفاق البائع والمشترى على أن يُقدم البائع سواراً من ذهب مقابل ثمن محدد يدفعه المشتري , ولكن عند التسليم يقوم البائع بتسليم المشتري سواراً مقلداً، أو يتلاعب بالوزن، أو أن يقوم بائع القمح مثلاً بالتلاعب في صنفه كوضع طبقة من القمح الجيد أعلى الكيس الذي يحتوي قمح من مرتبة اقل أو بخلطه بحبوب أخرى، فيتسلم المشتري المبيع متوهما بان الشئ الذي تسلمه خال من كل عيب جوهري، و هذا ما يثبت غش البائع وسوء نيته، فتقوم مسؤوليته العقدية، ويتحمل الأضرار التي لحقت بالمشتري جراء هذا الغش .[4] و قد يقع الغش باستعمال عبارات شفوية تقع على طبيعة أو مادة البضاعة أو صفاتها الجوهرية .[5] و قد يتخذ الغش صورة استعمال مكاييل أو موازين أو مقاييس غير صحيحة أو مزورة , كزيادة وزن الحبوب بخلطها برمل أو خلط البنزين بالكاز , ففي مثل هذه الأحوال يتوهم المشتري أو المتسلم بان ما تسلمه خال من أي عيب جوهري , فيقع المشتري أو المتسلم ضحية

---

[1] تقابلها المادة (889) من القانون المدني المصري و التي قررت عقوبة التبديد بدلا من إساءة الائتمان .
[2] المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني , الجزء الثاني , ص 743 .
[3] سالم , شحاته (2002) . النظرية العامة لتجريم الغش , رسالة دكتوراة غير منشورة , جامعة القاهرة , القاهرة , مصر , ص 15.
[4] السروي , الغش , مرجع سابق , ص155 .
[5]سالم , شحاته , مرجع سابق , ص 18 .

لسوء نية البائع أو المسلم . و الغش في البيع أو في العقود الأخرى التي تقتضي تسليم أعيان منقولة , قد يقترن بتكوين العقد فيكون الغش دافعا إلى التعاقد , إلا أن الغش ينتقل إلى مرحلة التنفيذ عندما يباشر بتسليم و تسلم المبيع , أو الأعيان المنقولة التي ترد عليها العقود الأخرى . وقد لا يحدث الغش في أثناء تكوين العقد بل يحصل أثناء تنفيذه , وذلك في حالة التلاعب بحقيقة الأشياء أو وزنها بعد تكوين العقد و أثناء التسليم, بحيث يتوهم المشتري أو المتسلم للشيء بأنه يشتري أو يتسلم نفس الأشياء التي تعاقد على شرائها أو نقل ملكيتها أو الانتفاع بها , و الغش قائم في الحالتين . و قد يتخذ الغش موقفا سلبيا حيث يتوافر الغش كلما كتم المدين أمرا يلزم بحكم القانون أو طبيعة العقد أن يفصح عنه. فالتناقض بين مصالح المتعاقدين يستوجب من كل منهما أن يحمي مصلحته فلا يقصر , بان يستفهم من الطرف الأخر عن كل الظروف التي تهمه , فليس هناك خطا في عدم تقديم المعلومات إلى الطرف الأخر عندما يكون بإمكانه الحصول عليها بنفسه , إلا إذا كان الطرف الأخر ملزما بتقديمه , بسبب الخشية من استغلال جهل المتعاقد الأخر ككتمان البائع عن المشتري استحقاق المبيع .[1] و حيث إن الغش يعبر عن حالة من سوء النية , فان سوء النية يعتبر عنصرا جوهريا في تحديد فكرة الغش بحيث يستحيل افتراض حسن النية في جانب الفرد الذي يلجأ إلى الأفعال المشوبة بالحيل و الأساليب غير المشروعة .[2]

كذلك يدخل في نطاق الغش التنفيذي , الفعل الذي يقوم به الدائن على نحو يجعل التزام المدين أشد كلفة , كأن يكون المدين ملتزماً بنقل أشياء تقبل طبيعتها أن تنتقل بالقطار، ويقوم الدائن بقصد زيادة الكلفة بنقلها بالطائرة، أو بوسيلة نقل أخرى أكثر كلفة، أو أن ينقل أجهزة دقيقة عبر طريق وعر قد تتلفها، بينما يوجد طريق آخر ممهد لا يؤدي إلى إتلاف تلك الأجهزة ، في

---

(1) الشواربي , عبد الحميد , المشكلات العملية , مرجع سابق , ص 12_ ص14. و السروي , مرجع سابق , ص 194 .
(2) يوسف , سنيه , مرجع سابق , ص 108 .

مثل هذا الأحوال ينتفي حسن النيّة لتوافر الغش أو الخطأ الجسيم.[1] و يلزم لينتج الغش أثره القانوني عندما يكون هو الدافع إلى التعاقد, أن تكون الطرق الاحتيالية التي لجا إليها أحد المتعاقدين أو نائبه من الجسامة بحيث لولاها لما قبل المتعاقد التنفيذ , و لكي يتحقق الغش ينبغي أن تكون إرادة الشخص قد اندفعت على غير هدى إلى التنفيذ بالكيفية المعيبة التي يتم بها , بحيث لو عرضت عليه في الحقيقة خالية من هذا الإيهام ما كان ليرضى بما التزم به , و بالتالي تكون إرادة المغشوش عليه غير مستنيرة ومعيبة بالغش . لذا يلزم أن يثبت المتعاقد بأنه ما كان ليقبل التنفيذ المعيب , لولا وقوعه في الغلط الذي سببه له الخداع.[2] و عليه فان الغش يجب أن يكون على درجة مؤثرة من الجسامة , فليس كل الأفعال أو الكتمان يعتبر غشا , صحيح أن العلاقات يجب أن يسودها الصدق و الصراحة , لكن القانون لا يحظر إلا الكذب و الكتمان اللذين يجب أن يكونا من طبيعة مؤثرة و خادعة للطرف الأخر . فالدعاية التي يقوم بها التاجر خلافا للحقيقة من أن منتجاته افضل من منتجات غيره , تدخل في نطاق سوء النية و محاولة غش المشتري , لكن هذه المحاولات أصبحت من النوع الذي لا ينخدع به أحد , حيث أنها من طبيعة غير مؤثرة و لا تبلغ حد الجسامة التي قصدها المشرع .[3]

فالغش يشكل حداً فاصلاً بين حسن النيّة وسوء النيّة، حيث يرتبط الغش بسوء النيّة. "إلا أن الغش وسوء النيّة يأخذان أحياناً مظهراً شرعياً خادعاً ويكونان بصورة عمل قانوني، حيث يلتبس الغش بسوء النيّة في هذه الحالة، كحالة الإقرار الصادر من الوكيل الذي يقصد به الإضرار بموكله".[4] أو" كقيام الوكيل بإسقاط حق موكله في قضية جزائية موضوعها إعطاء شيك بدون رصيد , وذلك بدون عوض أو مقابل أو التزام جديد يلقى على المشتكي عليه ساحب

---

([1]) طلبه, أنور(2004) المطول في شرح القانون المدني، ص49_ ص 50 .
([2]) السروي , محمد , مرجع سابق , ص 125 .
([3]) الشواربي , عبد الحميد , المشكلات العملية في تنفيذ العقود , ص 10 _ ص12
([4]) الشواربي، عبد الحميد، المشكلات العملية، مرجع سابق ص10.

الشيك ، وهذا يشكل خطأ كافياً ، لتحقق مسؤولية الوكيل العقدية وهو ملزم بتعويض موكله عما أصابه من ضرر".[1] فالغش في تنفيذ العقود يشكل خروجا على حدود القوة الملزمة من قبل المتعاقد الذي ارتكبه , وهو يتعارض مع مبدأ حسن النيّة . فالغش ومبدأ حسن النيّة نقيضان ، فحينما تتواجد النيّة الحسنة ينتفي الغش ، وإذا اختفت النيّة الحسنة يظهر الغش .

أما التواطؤ" فهو اتفاق اكثر من فرد على فعل أمر معين , وقد يكون موجها ضد أحد المتعاقدين أو ضد الغير" .[2] و التواطؤ كالغش سواء ارتكب تجاه أحد المتعاقدين أم تجاه الغير هو عمل غير مشروع , و يتنافى مع ما يوجبه مبدأ حسن النية , فالمتواطئ متعاقد كان أم كان من الغير هو سئ النية , تقوم مسؤوليته عند قيامه بأي فعل يشكل تواطؤ .

و يكون التواطؤ من متعاقد ضد أخر عندما يتواطأ أحد المتعاقدين مع الغير , كما لو اتفق الوكيل المكلف ببيع مجوهرات مع المشتري على إخبار الموكل بأنه قد باعها بأقل مما قبض , بقصد تضليل الموكل و الحصول على الفرق لنفسه . وهو بهذا لا يلتزم بالأصول التنفيذية التي يفرضها مبدأ حسن النية مما يدل على سوء نية الوكيل , إذ إن تقيده بحسن النية, يوجب عليه أن ينفذ التزامه بصدق و أمانة , فلا يتواطأ مع غيره لتحقيق مكاسب على حساب موكله . و ينطبق الحكم نفسه بالنسبة للمتعاقد الذي يتواطأ مع الغير لاقناع السفيه أو ذي الغفلة لإبرام العقد و من ثم تنفيذه . وهذا ما تعرض له المشرع الأردني في المادة (129) من القانون المدني و التي نصت على "أن تصرفات السفيه أو ذي الغفلة قبل قرار الحجر صحيحة, إلا إذا كانت نتيجة استغلال أو تواطؤ , أما بعد قرار الحجر فيسري عليها ما يسري على تصرفات الصبي" .[3] بمعنى انه بتوافر التواطؤ و سوء النية , تنتفي القرينة القائلة بصحة التصرفات التي

---

(1) تمييز حقوق، 2002/2861، مجلة نقابة المحامين، العدد السابع والثامن والتاسع، 2003،ص 1526.
(2) حداد , رومان , مرجع سابق , ص 118 .
(3) تقابلها المادة (115) من القانون المدني المصري , أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا أو قابلا للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ .

تمت قبل قرار الحجر , فلا يفترض صحة هذه التصرفات بتوافر سوء النية. ومن الأمثلة على هذا النوع من التواطؤ تواطؤ الوكيل مع الغير للإضرار بحقوق الموكل , أو أن يرتكب خطئا جسيما في تنفيذ الوكالة , فإن هذا التصرف الذي يعقده الوكيل مع الغير على هذا الوجه أو الإجراء الذي يتخذه لا ينصرف أثره إلى الموكل .(1)

و قد يكون التواطؤ في صورة اتفاق كل من المتعاقدين ضد الغير , كحالة المدين الذي يريد تهريب أمواله فيلجا إلى بيع ماله لزوجته و يحتفظ بورقة الضد . حيث انهما لم يقصدا إتمام البيع حقيقة , إنما قصدا إلحاق الضرر بالدائن , و رغبة المدين في عدم تنفيذ التزامه أو تنفيذه بشكل معيب , يتعارض و حسن النية . بمعنى أخر تعمده الإخلال بالتزامه بتنفيذ العقد بطريقة لا تتفق وحسن النية . لذلك أجاز المشرع الأردني والمشرع المصري في مثل هذه الأحوال للدائن و خلفه الخاص إذا كانوا حسني النية , أن يتمسكوا بالعقد الصوري الظاهر أو بالعقد المستتر بالشكل الذي يتناسب مع مصلحته جزاء لهم على حسن نيتهم , و لهم أن يثبتوا الصورية بكافة الوسائل .(2) و كذلك الحال عندما يتواطأ المدين مع أحد الدائنين على حساب غيره من الدائنين , كان يبيعه ماله بثمن بخس أو يهبه إياه بقصد الإضرار ببقية الدائنين . و قد قرر المشرع حماية للدائنين من مثل هذه التصرفات الضارة بهم و من سوء نية المدين , عدم نفاذ التصرف في مواجهتهم .(3)

وبناء على ذلك فان موقف المشرع الأردني و المصري واضح من الغش والتواطؤ , فقد اعتبرا الغش و التواطؤ عملا غير مشروع و هذا أمر بديهي لتعارضه مع الأخلاق والعدالة و حسن النية و القيم الاجتماعية , لما فيه من عبث بمصالح و حقوق المتعاقد و حقوق الغير ,

---

(1) لسرحان , عدنان (2001) . العقود المسماة , المقاولة و الكفالة و الوكالة , الطبعة الأولى , دار الثقافة , عمان , الأردن , ص 106.
(2) المادة (368) من القانون المدني الأردني , تقابلها المادة (244) من القانون المدني المصري .
(3) الفار , عبد القادر (2001) .أحكام الالتزام , الطبعة السادسة , دار الثقافة , عمان , الأردن , ص 101 .

فليس من المقبول أن يقبل الغش من المتعاقد , إذ إن الغش لا يمكن أن يكون أمرا مشروعا , و تحريمه مستمد مما توجبه قواعد الأخلاق و حسن النية .

أما موقف القانون الإنجليزي فهو لا يختلف عن موقف القانونيين الأردني و المصري فقد حارب الغش و التواطؤ , و جعله أساسا للحكم على نية المتعاقد حسنا أو سوءا فهو عمل غير مشروع , فلا يجوز الغش في إنشاء العقود و تنفيذها , لان الغش و التواطؤ لا يتفق مع حسن النية والعدالة . فالنية الحسنة ترتبط بالثقة و هي على نقيض من الغش , حيث إن الغش يتعارض وحسن النية و ينظر إلى مرتكب الغش على أنه سئ النية .

وقد طبق القضاء الإنجليزي هذا المبدأ و دل بوضوح على محاربته الغش , باعتماده قاعدة الغش يفسد كل شئ . فقضى في قضية ( الكسندر و رابسون 1936) بان تحديد الثمن من قبل المتعاقدين بأقل مما هو في الواقع , يعد أمرا غير قانوني و غير ملزم و يتعارض مع الثقة .(1) كما اعتبر القضاء الإنجليزي الغش خروجا على ما تقتضيه القوة الملزمة و خرقا لمبدأ حسن النية , سواء كان ذلك عمديا يتضمن نية الإضرار , أو كان ذلك الخرق نتيجة لإهمال ذلك المتعاقد و تقصيره , فقد قرر في إحدى قراراته أن غش الوكيل و إهماله يوجب مسئوليته عن الأضرار الناجمة عن غشه و إهماله , كما لو لم يبذل العناية المعتادة في قيامه بالأعمال الموكلة إليه .(2) و ينطبق الحكم ذاته عندما يقوم أحد الأطراف بالغش و استغلال الطرف الأخر للحصول على منافع ومكاسب غير مشروعة , فالمحكمة تتدخل لإعادة الأمور إلى نصابها حيث يكون العقد قابلا للإبطال , إذ إن المتعاقد الذي يلجا إلى الغش يخل بالثقة الممنوحة له , عند

---

(1) Mckendick, Ewan, contract law , page , 203 _ 204 .

(2) Richard , paul , . (1999) . law of contract , forth edition , pitman publishing , London , England , page 393-392

ارتكابه أفعالا تشكل غشا .[1] و بالرغم من أن القانون الإنجليزي لا يعتد و لا يشترط تعادل الاداءات العقدية كأصل عام إلا انه اشترط هذا التعادل في حال الغش .[2] و في هذا دلالة واضحة على تحريم القانون الإنجليزي للغش. و بهذا البيان والتوضيح لموقف القوانين الثلاثة من الغش و التواطؤ بالنظر إلى انهما مما يتعارض و مبدأ حسن النية , انتقل إلى الأساس الثاني من أسس الأخذ بمبدأ حسن النية و هو عدم التعسف في استعمال الحق .

**ثانياً: عدم التعسف باستعمال الحق**

لعل الأخلاق بما تقتضيه من حسن النية و عدالة , يحوطان نظرية التعسف في نشوئها و ارتقائها , الأمر الذي ينبئ عن أن التعسف خروج عن جادة حسن النية .[3] فهناك علاقة بين الأخلاق و فكرة التعسف في استعمال الحق , إذ أن مبادئ و ثوابت المجتمع الأخلاقية , توجب على المتعاقد عند استعماله لحقه أن يستعمله ضمن الحدود المشروعة و أن لا يتعمد الإضرار بغيره . و هو بهذا يقترب من مفهوم مبدأ حسن النية , بل أن انتفاء التعسف ينفي سوء النية عن المتعاقد و يعبر عن حسن نيته , إذا لم يرتكب فعلا أخرا يدل على سوء نيته . و الغالب أن تتبدى إساءة استعمال الحق في نية الإضرار, و هي بلا ريب دافع يجافي الأخلاق و الآداب , و يجافي مصلحة الجماعة , مما يحيد بالحق عن قصده الطبيعي المشروع الذي من اجله منح ذلك الحق .[4]

فالأساس الثاني من أسس الأخذ بمبدأ حسن النيّة هو عدم التعسف باستعمال الحق ، والأخذ بمبدأ حسن النيّة يؤدي إلى انتفاء التعسف باستعمال الحق من التعامل ومن الحياة القانونية ، فاستعمال الحق بدون إساءة أو بدون تعسف يتفق مع مبدأ حسن النيّة، بل هو غاية

---

(1) Richard , paul , law of contract , page 211 _ 235

(2) فتحي عبدالله , مرجع سابق , ص 406.

(3) بدوي , السيد , مرجع سابق , ص 967 _ ص968 .

(4) عامر حسين , التعسف في استعمال الحق و إلغاء العقود , مرجع سابق , ص 88 .

أساسية من الغايات التي يهدف مبدأ حسن النيّة لتحقيقها، فمن يستعمل حقه بقصد الإضرار بالغير سيئ النيّة . مما يعني وجود علاقة مباشرة بين مبدأ حسن النيّة وبين عدم التعسف باستعمال الحق، فكلاهما ضد الفعل غير المشروع، وكلاهما يعمل لإبقاء الأفعال والتصرفات والنوايا ضمن دائرة الشرعية، وكلاهما مبدأ ديني وأخلاقي . ولكن مجال عدم التعسف باستعمال الحق محدود وضيق قياسا بمجال مبدأ حسن النية ، فهو منحصر بنفي صفة التعسف أو الإساءة عند استعمال الحق ، وأمره محصور بين صاحب الحق الذي أساء استعماله، أو تعسف باستعماله وبين الذي وقع ضحية هذه الإساءة أو هذا التعسف ، ولا شك بأن عدم التعسف باستعمال الحق هو أحد تطبيقات مبدأ حسن النيّة.

ولكن عدم التعسف باستعمال الحق لا يغني عن مبدأ حسن النيّة ، لأن مبدأ حسن النيّة هو الأصل، وهو متقدم بالوجود على التعسف باستعمال الحق، ثم إن مجال مبدأ حسن النيّة أرحب وأوسع، ورقابته تغطي كافة العقود والتصرفات . أما عدم التعسف باستعمال فظهر على أثر ظهور التطرف باستعمال الحقوق الفردية ، ثم إن تطبيق عدم التعسف باستعمال الحق هو تطبيق ضمني لجانب من وظائف واهتمامات مبدأ حسن النيّة، فمبدأ حسن النيّة يهدف– من جملة ما يهدف– إلى انتفاء التعسف باستعمال الحق، وأن يستعمل كل ذي حق حقه بدون تعسف أو بدون إساءة للغير. ومعنى هذا أن عدم التعسف باستعمال الحق أداة من الأدوات التي يستعملها مبدأ حسن النيّة، أثناء رقابته على تنفيذ كل العقود .

و يقصد بالتعسف الخروج بالحق عن حدود حسن النية الواجب في استعمال الحقوق. و يتحقق التعسف بصورة من الصور التي نص عليها المشرع الأردني في المادة (66) من القانون المدني كعدم مشروعية المصلحة لدى مستعمل الحق أو استعماله بقصد الإضرار بالغير أو حالة عدم التناسب بين المصلحة و الضرر . فإذا كان من حق الشخص أن يستعمل حقه ,

فان استعمال هذا الحق ليس مطلقا , و إنما يقيده مبدأ حسن النية الذي يمنع صاحب الحق من التمسك به على وجه يضر بالمتعاقد الأخر , و إلا اعتبر متعسفا في استعمال حقه و سئ النية . ذلك أن نية الإضرار بالغير هي المعيار القصدي الذي تقوم عليه فكرة التعسف , و يستدل على هذه النية من القرائن و الملابسات التي تحيط بالتصرف , كاستعمال الحق مع انتفاء المصلحة الجدية المشروعة أو من انعدام التناسب بين المصالح التي تعود على المستعمل , و من الأضرار التي تترتب على هذا الاستعمال , أو من ترتب أضرار فاحشة نتيجة استعماله لحقه . و بالتالي فإن الشخص الذي يستعمل حقه و يضر بالغير أثناء هذا الاستعمال , فانه يناقض حسن النية في استعمال الحق , فالقانون لا يقر الحق لصاحبه إلا لتحقيق مصلحته , لا أن يتخذ منه وسيله للإضرار بالغير .(1) فحقيقة التعسف في استعمال الحق و طبيعته تقوم على انه فعل مشروع لذاته , لأنه يستند إلى حق أو إباحة , و لكن هذا الحق استعمل على وجه يخالف الحكمة التي من اجلها شرع الحق . و المخالفة أو المناقضة تظهر من خلال ناحتين : الأولى من حيث الباعث الدافع الذي حرك إرادة ذي الحق إلى أن يتصرف بحقه لتحقيق غرض غير مشروع . أما الناحية الثانية فهي من جهة النتيجة و هي الإضرار و هو ما لا يتفق و الشرع.(2)

ولما كان الحق هو عبارة عن اختصاص يقره القانون لشخص معين على شيء معين ، فللشخص صاحب الحق أن يمارس هذا الاختصاص على هذا الشيء من أجل تحقيق مصلحة اجتماعيه جديرة بالرعاية والاعتبار.(3) وبالرغم من أن صاحب الحق يمارس عملاً قانونياً واختصاصاً منحه إياه القانون ، إلا انه ملزم عند ممارسته لهذا الحق أن لا يلحق ضرراً بغيره عن طريق إساءة استعماله لحقه ، كأن يستعمل هذا الحق لتحقيق منفعة غير مشروعة ، متجاوزاً حدود الاستعمال المألوف للحق .

---

(1) السروي , محمد , الغش , مرجع سابق , ص 118 _ص 119 .
(2) الدريني , فتحي (1977) . الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده , الطبعة الثانية , مؤسسة الرسالة ,بيروت , لبنان , ص 26 .
(3) د. الداودي، غالب (1998) . المدخل إلى علم القانون وخاصة الأردني، الطبعة الخامسة، دار الفجر، اربد، الأردن , ص296.

والأصل أن يكون لصاحب الحق الحرية بممارسة حقه ضمن حدود القانون ، فالمالك يستطيع أن يتصرف في ماله بالشكل الذي يريده ، فيبيعه ، أو يرهنه ، أو يهبه ، أو يوصي به، أو غير ذلك من التصرفات . لكن هذا الحق ليس مطلقا ، بل قيده القانون بعدم التعسف و بالتزام حسن النية، فلا يستطيع ممارسة هذا الحق بتعمد إلحاق الضرر بالمتعاقد الآخر دون أدنى مصلحة له بذلك ، أو بقصد تحقيق مصلحة هزيلة إذا ما قورنت بالإضرار الكبيرة التي تلحق بمصلحة المتعاقد الآخر، فاستعمال الحق في مثل هذه الأحوال يعد خروجاً على الحدود التي حددتها القوة الملزمة وانتهاكاً لمبدأ حسن النيّة . وقد أكدت محكمة التمييز الأردنية هذا المعنى , و ربطت بين حسن النية و الإساءة في استعمال الحق , حيث قضت انه" سندا للمفهوم المخالف للمادة (603) من القانون المدني فان حرية الشريك بالانسحاب من الشركة ليست مطلقة , بل هي و رغم سكوت القانون عن رسم شروط هذا الانسحاب , فانه يجب تلمس هذه الشرائط من المبادئ العامة و القاضية بعدم التعسف في استعمال الحق و تنفيذ العقد بحسن النية بحيث لا تطغى حقوق أحد الطرفين على الأخر . و قد وضعت محكمة التميز في هذا القرار شروط الانسحاب من الشركة رغم عدم النص عليها , و هي إعلام الشريك المنسحب لبقية الشركاء برغبته في الانسحاب , و أن لا يسئ الشريك استعمال حقه بأن يكون حسن النية , و أن لا يتم الانسحاب بوقت غير مناسب بحيث يؤدي للإضرار بباقي الشركاء , و يخضع تقدير هذه الشروط لمحكمة الموضوع باعتبارها مسائل موضوعية ".[1] و في قرار آخر أكدت محكمة التمييز الأردنية أن التعسف من سوء النية حين قررت انه " من المبادئ القانونية المسلم بها انه لا يجوز الاعتساف في استعمال الحقوق وان الحقوق بين الأفراد يجب أن تكون في توازن دائم معتدل , لتؤدي رسالتها في الحياة أداءا يتفق مع مصلحة المجتمع و أهداف القانون و غايته .

---

([1]) تميز حقوق , رقم 1998/653 , برنامج عدالة , المنشور على الصفحة 4/211 من المجلة القضائية لسنة 1998 و على الصفحة 3652 من مجلة نقابة المحامين لسنة 1998 .

فإذا التوى صاحب الحق في استعمال حقه و تشدد فيه تشددا يخرجه عن روح القانون و معنى الالتزام , ويدخله في ميدان التطبيق الالي للنصوص القانونية , أو إذا كان صاحب الحق قد استخدمه استخداما ليس من ورائه سوى الإضرار بالعاقد الآخر , أو الحصول على منفعة عن طريق مشوبة بسوء النية وجب اعتباره متعسفا في استعمال حقه , ووجب على القاضي أن يتدخل في الأمر ليضع كل التزام في مكانه و كل حق في موضعه.(1)و ما يجمع صور الخروج عن حدود الاستعمال القانوني , ضابط مشترك هو نية الإضرار , سواء على نحو إيجابي بتعمد السير إلى مضارة الغير دون نفع يجنيه صاحب الحق من ذلك , أو على نحو سلبي بالاستهانة المقصودة بما يصيب الغير من ضرر من استعمال الحق , استعمالا هو إلى الترف اقرب مما سواه, مما يكاد يبلغ قصد الإضرار العمدي . ومعيار الموازنة المجردة بين النفع و الضرر الواقع هو معيار مادي , قوامه الموازنة المجردة بين النفع و الضرر , دون نظر إلى الظروف الشخصية للمنتفع أو المضرور يسرا أو عسرا . إذ أن فكرة عدم إساءة استعمال الحق لا تنبع من دواعي الشفقة، بل إنها تنبع من اعتبارات العدالة الرامية إلى إقرار التوازن بين الحق والواجب.(2)

والخروج عن هذه الحدود كما سلف قد يكون عمداً , كما لو قصد صاحب الحق الإضرار بالمتعاقد الآخر، أو إهمالاً بأن كان يعلم أن استعماله لحقه دون اتخاذ الاحتياطات اللازمة قد يلحق ضرراً بالمتعاقد الآخر أو بالغير، و كلا الحالتين يدل على سوء نية المتعسف, وبالتالي تقوم مسئوليته العقدية إذا أضر بالمتعاقد الآخر، أو تقوم مسئوليته التقصيرية إذا أضر بالغير . وقد أكدت محكمة التمييز الأردنية هذا المعنى , يوم قررت "أن حق المالك بالتصرف في ملكه كيف ما يشاء مقيد بشرط المشروعية , إذ إن هذه المشروعية بالتصرف تقف عند

---

(1)تمييز حقوق رقم 1978/168 , موسوعة التشريعات الأردنية الالكترونية (2006) . بند اجتهادات المحاكم .
(2) إبراهيم ، سيد احمد (2002) . التعسف في استعمال الحق فقها وقضاء، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الاسكندريه، مصر، ص70 .

المساس بحقوق الغير، أو إلحاق الضرر الفاحش به، وأن خروج المالك عن حدود المشروعية جزاؤه أن يتحمل دفع الضرر وإزالته , وأن يمنع من التصرف الضار".[1]

وقد وضع المشرع الأردني والمصري ضابطاً عاماً في استعمال الحق، إذ نصت المادة (66) من القانون المدني الأردني على "أن الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر".[2] فيجب على المتعاقد أن يلتزم بالاستعمال المشروع لحقه، فإذا استعمل حقه بصورة مشروعة , فإنه لا يضمن ما ينشأ عن هذا الاستعمال من ضرر، ويكون استعماله لحقه مشروعاً عندما تنتفي لديه نية الإضرار بالمتعاقد الآخر أو بالغير. وتتوافر نية الإضرار إذا تحققت إحدى الحالات التي حددها المشرع لإساءة استعمال الحق . فإذا انتفت نية الإضرار لدى المتعاقد تثبت حسن نيته , فلا يضمن ما قد يلحق بالمتعاقد الآخر من ضرر بسبب استعماله لحقه. أما إذا توافرت لديه نية الإضرار فتقوم مسؤوليته، ويضمن الضرر الواقع بسبب إساءة استعماله لحقه وسوء نيته. وقد أكدت محكمة التمييز الأردنية بأن على المتعاقد أن لا يسيء استعماله لحقه، حيث قررت" أن الموكل وإن كان يستعمل حقه في عزل وكيله , إلا أنه لا يجوز أن يستعمله في وقت غير مناسب دون عذر مقبول، فإذا استعمله في وقت غير مناسب، فإنه يضمن الضرر الذي يلحق بالوكيل جراء ذلك".[3]

وعبء إثبات التعسف في استعمال الحق يقع على مدعيه، طبقاً لقاعدة البينة على من ادعى. لأن الأصل افتراض أن صاحب الحق استعمل حقه استعمالاً عادياً بحسب الغرض منه وبحسن نية ، فإذا ادعى مالك مثلاً أن أعمال الحفر التي يقوم بها جاره، أو أن الحائط أو

---

([1]) تمييز حقوق، 99/1592، مجلة نقابة المحامين، العدد التاسع والعاشر لسنة202، ص2305.
([2]) تقابلها المادة الرابعة من القانون المدني المصري.
([3])تمييز حقوق، رقم 1995/515، مجلة نقابة المحامين العدد السابع والثامن لـ1997 ص2885.

المدخنة الذين شيدهما إنما هي بقصد الإضرار به، فعليه إثبات ادعائه، ويعتبر قرينه على التعسف انعدام مصلحة صاحب الحق في استعماله لحقه على النحو الذي تم، أو إهماله في اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع الضرر عن الغير.[1]

وعليه فلا يجوز للمالك استعمال حقه بقصد الإضرار بغيره ، كما لو لم يكن لهذا الاستعمال أية فائدة ، أو أنه اختار وجهاً في الاستعمال يسبب لغيره ضرراً ، بالوقت الذي كان بإمكانه أن يحقق المنفعة التي يقصدها باختيار وجه آخر لهذا الاستعمال لا يتسبب بالضرر، كأن يسقى أرضه في وقت كان بإمكانه أن يؤجله لوقت آخر، وجاره أو شريكه في السقي لا يمكنه التأجيل.[2] و قد اعتبر القضاء أن مجرد العلم بما قد يقع من ضرر أو مجرد إدراكه في حال سوء استعمال الحق هو دليل على توافر سوء النية لدى الفاعل .[3]

من حيث المبدأ فإن على المتعاقد أن يلتزم أثناء استعماله لحقه بالسلوك المألوف للشخص العادي، وبانحرافه عن هذا السلوك يكون متعسفاً باستعماله لحقه وسيئ النيّة. غير أن هذا الانحراف عن السلوك المعتاد، لا يعتد به إلا إذا اتخذ صوره من الصور التي حددها المشرع الأردني بالمادة(66).[4]

وقد حدد المشرع الأردني بالفقرة الأولى من المادة (66)، حكم من يستعمل حقه استعمالاً غير مشروع ، فأوجب عليه ضمان الضرر الناتج عن هذا الاستعمال . والمعنى المعاكس لهذه المادة يفيد أن من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر. والحكم الذي وضعه المشرع المصري لمن يستعمل حقه استعمالاً غير مشروع مطابق للحكم الذي

---

(1) سلطان، أنور(1983) . مصادر الالتزام الموجودة في النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة بين القانونيين المصري واللبناني، دار النهضة، بيروت، لبنان، ص 324.

(2) حسين، فراج (لات) . الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، بيروت، لبنان ص17.

(3) الحنبلي , مازن (2003) . الحقوق و أنواعها و مداها و التعسف في استعمالها , الطبعة الأولى , المكتبة القانونية ,دمشق , سوريا , ص 16 .

(4) يقابلها المادة 4و5 من القانون المدني المصري.

وضعه المشرع الأردني , حيث نصت المادة الرابعة من القانون المدني المصري على أنه" من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر".

وجاءت البنود (أ،ب،ج،د) من المادة (66) من القانون المدني الأردني، فعددت الحالات التي يكون فيها استعمال الحق غير مشروع وغير متفق مع مبدأ حسن النية، فحصرتها بأربع حالات وهي:

أ- إذا توافر قصدي التعدي .

ب- إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة .

ج- إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر.

د- إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة.

أما المادة الخامسة من القانون المدني المصري فقد حددت ثلاث حالات يكون فيها استعمال الحق غير مشروع , وهي الحالات التي أشار إليها المشرع الأردني في البنود (أ، ب، ج )أي أنها أغفلت حالة تجاوز المتعاقد باستعماله لحقه ما جرى عليه العرف والعادة.

وسيوضح الباحث كل حاله من هذه الحالات الأربع , التي إذا اقترف من يستعمل حقه إحداها يكون مسيئاً باستعمال حقه، ومتعسفاً باستعمال هذا الحق، وبالتالي يكون سيئ النيّة، لأن هذا الاستعمال يتعارض مع مبدأ حسن النيّة.

**المعيار الأول** : من معايير التعسف باستعمال الحق هو توافر نية التعدي والإضرار بالمتعاقد الآخر أو بالغير لدى صاحب الحق . وهذا المعيار لا يتسع إلا لغرض الخطأ العمد إذ أن اقتصار هذا المعيار على قصد الإضرار هو الذي يميزه عن المعيارين الآخرين.[1] حيث أن

---

([1]) الشواربي، عبد الحميد، مرجع سابق، ص16.

استعمال الحق دون منفعة , قرينة على أن مستعمل الحق لم يقصد سوى الإضرار بغيره, فنية الإضرار مفترضة , و بحسب المضرور أن يثبت الضرر و عدم وجود نفع لصاحب الحق , دون أن يثبت قصد الإضرار و على المدعي عليه أن يثبت العكس .[1]

حيث إن من يستعمل حقه بقصد الإضرار بالمتعاقد الآخر أو بالغير، يعد متعسفاً في استعمال حقه وتعسفه هذا يدل دلاله واضحة على سوء نيته , لذلك يلتزم بجبر الضرر الناتج عن هذا الاستعمال غير المشروع لحقه. ويستطيع المتضرر أن يثبت تضرره بكافة طرق الإثبات. لكن إذا لم يقم الدليل على قصد إحداث الضرر لدى صاحب الحق فيمكن استخلاص سوء نية صاحب الحق وتعسفه من انعدام مصلحته من استعماله لهذا الحق، أو أن تكون مصلحته من استعماله لحقه تافهة وقليلة، ولكن هذه القرينة قابله لإثبات العكس . وقد اعتبرت محكمة التمييز الأردنية" أن عدم دفع المستأجر مبلغ (150) فلساً , وهو الباقي من الأجرة لا يعد سبباً للفسخ ، لأن المدعي ما قصد من دعواه إلا الإضرار بالغير.[2] وكذلك الحال يعتبر امتناع صاحب العمل عن تسلم العمل من المقاول تعسفاً حتى ولو كان العمل معيباً , إذا كان العيب بسيطاً، لا يؤثر على الانتفاع وهذا ما يقتضيه مبدأ حسن النيّة في تنفيذ العقود، ومبدأ عدم التعسف في استعمال الحق".[3]

كما يعتبر صاحب الحق متعسفاً إذا كان إحداث الضرر هو هدفه الأصلي، حتى لو حقق منفعة لنفسه، كمن يستأجر سيارة غير مخصصة لنقل البضائع ويستخدمها لغير لذلك، أو يحملها أكثر من حمولتها. أما إذا كانت منفعة صاحب الحق المشروعة تفوق بكثير الضرر الذي

---

(1) الملا صالح , مرجع سابق , ص 66 _ ص67 .
(2) تمييز حقوق، قرار رقم 90/ 1983 تاريخ 2/26/ 1983مجلة نقابة المحامين، ص671.
(3) د، السرحان، عدنان (2001) . العقود المسماة , مرجع سابق , ص88. .

يُصيب المتعاقد الآخر أو الغير، فأنه بهذه الحالة لا يُعد متعسفاً، أو سيئ النيّة، ولا تقوم مسؤوليته حتى لو الحق الضرر بالمتعاقد الآخر.

ويكون صاحب الحق متعسفاً من باب أولى إذا قصد إلحاق الضرر بالغير دون أن يقترن ذلك بجلب منفعة لنفسه، حتى لو تحقق ذلك عن طريق عرضي. وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن "حق الالتجاء إلى القضاء من الحقوق العامة التي تثبت للكافة، إلا أنه لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عما وضُع له باستعماله استعمالاً ابتغاء مضارة الغير, وإلا حقت المساءلة بالتعويض ".[1]

إن الحق العقدي في معظم الأحوال محدد في مضمونه , وفي الفائدة المرجوة منه حسب اتفاق الأطراف، فإذا انتفت الفائدة من ممارسة المتعاقد لحقه، فإنه يسيء استعمال حقه ويُفهم أنه قد قصد الإضرار بالمتعاقد الآخر. كما لو لجأ المتعاقد إلى ممارسة حقه بالفسخ ليقصد به فقط الإضرار بالمتعاقد الآخر , كفسخ عقد الإيجار أو العمل أو الشركة أو الوكالة أو غيرها من العقود.[2] في مثل هذه الأحوال تقوم مسؤوليته التعاقدية لإخلاله بالتزامه بتنفيذ العقد بحسن نيّة، قبل أن تقوم مسؤوليته التقصيرية بسبب تعسفه في استعمال حقه، أي أن مبدأ حسن النيّة يُغني عن الالتجاء إلى نظرية التعسف في استعمال الحق، وفي الحالتين يلتزم المتسبب بالضرر بالتعويض عنه .

**المعيار الثاني** : من معايير التعسف باستعمال الحق هو حالة عدم مشروعية المنفعة المقصودة من استعمال الحق . إن صاحب الحق الذي يسعى من استعماله له إلى تحقيق منفعة غير مشروعة ، يعتبر سيئ النيّة ومتعسفاً في استعمال حقه , إذ ليس من السلوك المألوف أن

---

([1]) العمري، إسماعيل (1984) . الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، مطبعة الزهراء الحديثة، الموصل، العراق، ص206.
([2]) الشواربي، عبد الحميد، مرجع سابق، ص16 .

يتستر صاحب الحق بحقه لتحقيق مصلحة غير مشروعة ومخالفة للقانون ، الأمر الذي يُعد إخلالاً بالتزامه بمبدأ حسن النيّة و بقاعدة القوة الملزمة ، ويرتب مسؤولية المتعاقد بالتعويض . فمن حق التاجر أن ينافس غيره من التجار , لكن المنافسة يجب أن تكون مشروعة لا بقصد الإساءة إلى سمعة التاجر الآخر و هو ما يتعارض مع نزاهة التعامل , ويستند في هذا إلى معيار التاجر المعتاد.(1) وكذلك الحال يعتبر رب العمل متعسفاً في استعمال حقه وسيئ النيّة، إذا فصل العامل بسبب لجوئه إلى القضاء للمطالبة بحقوقه أو بسبب ممارسته نشاطاً نقابياً .

**المعيار الثالث** : من معايير التعسف باستعمال الحق هي حالة إذا كانت المنفعة المتوخاة لصاحب الحق لا تتناسب مع الضرر الذي يلحق بالغير . فيُعد صاحب الحق متعسفاُ في استعمال حقه , إذا كانت المنفعة التي يجنيها لا تتناسب مع الضرر الذي يصيب الغير، بحيث يرجح الضرر على المنفعة رجحاناً كبيراً، فيكون بهذه الحالة سيئ النيّة ومتعسفاً فتقوم مسئوليته و يلزم بالتعويض . ولكن لا يعتبر صاحب الحق متعسفاً إذا كانت مصلحته تتساوى مع الضرر الذي يصيب الغير أو يزيد الضرر على المصلحة زيادة بسيطة.(2) وقد لا يقصد صاحب الحق الإضرار بالطرف الآخر قصداً مباشراً، ولكنه بالضرر الفاحش الذي يصيب الطرف الآخر، والذي لا يتناسب مع المصلحة التي يحققها لنفسه , يعتبر سيئ النيّة ويُلزم بالتعويض.(3) فليس لمالك الحائط أن يهدمه دون عذر قوي إذا كان هذا يضر بالجار الذي يستتر بالحائط , فإذا كان تصدع الحائط الذي يفصل بين المالك والجار غير مؤثر , فقيام المالك بهدمه لا يتناسب مع الضرر الذي يصيب الجار.(4)

(1) السرحان، عدنان، وخاطر، نوري، مرجع سابق، ص406.
(2) أبو السعود، رمضان (1992) . الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، المدخل إلى علم القانون، وبخاصة المصري واللبناني، النظرية العامة للحق، الدار الجامعية، بيروت، لبنان،ص657.
(3) الشواربي، مرجع سابق، ص17.
(4) المادة (1279) مدني أردني تقابلها المادة (818) من القانون المدني المصري.

**المعيار الرابع** : من معايير التعسف في استعمال الحق ,هو حالة تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة . فإذا تجاوز صاحب الحق ما جرى عليه العرف والعادة في استعماله حقه ، عُدّ متعسفاً وسيئ النيّة لأنه بتجاوزه الحدود المألوفة في التعامل قد يتسبب بالضرر للمتعاقد الآخر أو للغير، وسواء أكان مهملاً، أم متعمداً تقوم مسؤوليته ." فالمتعاقد الذي يقف في تنفيذ موجباته موقفاً ينافي مبادئ العدل والمساواة وشرف التعامل , يداني منطقة التعسف وبالتالي يكون مسؤولاً".[1]

وقد أشار الباحث من قبل إلى أن المشرع المصري لم يأخذ بهذا المعيار في المادة الخامسة من القانون المدني المصري ، غير أنه اعتبر أن مضار الجوار المألوفة وفقاً للعرف لا تقيم مسؤولية الجار عنها، حيث نصت المادة(807) من القانون المدني المصري على أنه " لا يجوز للجار الغلو في استعمال حقه , وليس للجار أن يرجع على جاره بمضار الجوار المألوفة , بل له أن يطلب إزالة الضرر إذا تجاوز الحد المألوف ويراعى في ذلك العرف وطبيعة العقار، والغرض الذي خصص له، ولا يحول الترخيص الصادر من الجهة المختصة دون استعمال هذا الحق".[2]

فمن حق الإنسان أن يقيم الأعراس، أو المآتم، لكن هذا الحق يجب أن يكون ضمن الحد المألوف عرفاً وعادة ، فإذا كان ضمن الحد المألوف فلا يستطيع الجار أن يدعي تضرره، كما لو تأثر بالقليل من الضرر بسبب قيام جاره بالبناء. أما إذا تجاوز حدود ما جرى عليه العرف والعادة , كما لو أحدث بناء يسد نوافذ جاره لحجب الضوء عنه , يُسأل عندئذٍ عن هذا الضرر حيث يجوز للجار أن يطلب رفع البناء دفعاً للضرر، ذلك أن حجب الضوء يعد ضرراً فاحشاً .[3]

---

(1) بوذيان، سليمان (2003) . مبادئ القانون المدني دراسة نظرية، وتطبيقات عملية في القانون والحق والموجب والمسؤولية، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية، بيروت، لبنان، ص47.
(2) تقابلها المادة (1027) من القانون المدني الأردني.
(3) المادة (1025) من القانون المدني الأردني.

وكذلك الحال بالنسبة للمستأجر، فإنه وإن كان له الحق بالانتفاع بالمأجور إلا أن ذلك مقيد أيضاً بحدود ما تم الاتفاق عليه أو ما جرى عليه العرف، لأنه بتجاوزه حدود الانتفاع يُعد سيئ النيّة.

بعد بيان صور الاستعمال غير المشروع للحق، تجدر الإشارة إلى أن الجزاء على التعسف في استعمال الحق هو ضمان الضرر الناتج عن ذلك كما قدمنا، ويلجأ القضاء عادة إلى التعويض العيني، بمحو الضرر وإزالته، مثل هدم الجدار، أو قطع الشجرة التي تحجب الضوء، أو منع الضوضاء، أو عدم تنفيذ فسخ عقد العامل بسبب ممارسته نشاطاً نقابياً.[1] وقد يكون الجزاء نقدياً بالإضافة للتعويض عن العطل والضرر، و يستعين القاضي بظروف تنفيذ العقد للكشف عن التعسف . و هذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية في إحدى قراراتها عندما قضت انه " إذا استعمل المدعي حقه استعمالا غير مشروع , بان كان قصده من استعماله التعدي أو الكيد للخصم , فانه يكون ملزما بتعويض ما سببه من ضرر .[2] وقد قضت محكمة النقض المصرية، بأن" العبرة في قرار فصل العامل، وفيما إذا كان صاحب العمل متعسفاً أو غير متعسف , هي للظروف والملابسات التي كانت تحيط به وقت الفصل".[3]

مما سبق لوحظ تشابه موقف كل من المشرع الأردني والمصري من التعسف في استعمال الحق باعتباره دليلاً على سوء نيّة المتعاقد، حيث بينت أحكامه ومعاييره على أنه خرق لمبدأ حسن النيّة. أما القانون الإنجليزي فقد اتجه حديثاً وبالتدريج للأخذ بمبدأ حسن النيّة وعلى نطاق محدود . لذلك فإنه لم يروج لفكرة التعسف باستعمال الحق كقاعدة، كنتيجة من نتائج الاتجاهات الاجتماعية في المجتمعات الفردية، ذلك أن استعمال حق ما–وفق هذه الاتجاهات–لا

---

(1) السرحان، وخاطر، مصادر الحقوق الشخصية، مرجع سابق، ص107.
(2) تمييز حقوق 1981/43 , موسوعة التشريعات الالكترونية .
(3) طعن رقم (5761) لسنة 95 ق، جلسة 1996/11/21 نقلاً عن حسين، علي (2000) . الموسوعة الفريدة في مبادئ النقض الجديدة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر , ص 11.

يمكن أن يلحق ضرراً بالغير، حيث إن صاحب الحق في استعمال حقه، وإن قصد الإضرار بالغير، فإنه لا يُبحث عن نيته أو نتيجة عمله ما دام التصرف قد تم ضمن إطار القانون، فلا يُنظر إلى كونه سيئ النيّة أو حسن النيّة كقاعدة عامة .(1)

ولكن تخفيفاً من نتائج نظرية الحق المطلق , أخذ القانون الإنجليزي بنظرية التعسف في استعمال الحق كاستثناء ، وإن كان هذا الاستثناء يدل على اعتبار التعسف في استعمال الحق من مظاهر سوء النيّة التي يرفضها القانون الإنجليزي ويحرمها، استناداً إلى وجوب شرعية الباعث، وأن لا يكون التصرف مخالفاً للنظام العام، فكان ذلك وسيلة لإبطال العقود المخالفة للقانون والأخلاق . فلا يجوز طرد العامل إلا بعد إعلامه بفترة مناسبة بفسخ العقد، ويلاحظ أن شرط المدة هذا يحد من سوء نية رب العمل وتعسفه. كما أخذ القانون الإنجليزي بنظرية التعسف في مواطن أخرى حين وازن قانون الضوضاء بين مصالح الجيران والنيّة الثابتة للإزعاج التي تقيم مسؤولية المزعج أي المتعسف في استعمال حقه، وكما تمنع التشريعات الصناعية التعسف في استعمال السلطة الاقتصادية.(2)

يتضح مما سبق أن القانون الإنجليزي وإن كان أخذه بنظرية التعسف استثنائيا، إلا أنه لجأ إليها، وأقرها كوسيلة لإبطال العقود المخالفة للقانون والأخلاق ,من خلال بحث مخالفة التصرف للنظام العام ومشروعية الباعث ووجوده وحرم التعسف في حقوق معينة، فمنع تصرف الأفراد غير المستحسن اجتماعياً، وهو بهذا يقترب من موقف المشرع الأردني والمصري من نظرية التعسف.

**ثالثاً: عدم الإخلال بالتوازن العقدي**

---

(1) مبارك، سعيد (1980) . التعسف في استعمال الحق، دراسة مقارنة في الأنظمة القانونية الكبرى، كلية القانون، جامعة بغداد، بدون طبعه ، ص19- ص21.

(2) مبارك، سعيد، التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق، ص21.

الأساس الثالث من أسس الأخذ بمبدأ حسن النيّة هو عدم الإخلال بالتوازن العقدي . فقد أوجد المشرع من خلال الأحكام التي وضعها آلية قانونية , لتحقيق التوازن والتعادل بين المتعاقدين في مرحلة تنفيذ العقود , ليكون كل واحد من المتعاقدين في مركز قانوني مساوٍ للمتعاقد الآخر ومتوازن ومتعادل معه . وحرص المشرع أن تبقى حالة التوازن والتعادل بين المتعاقدين قائمة وموجودة ، حتى يحقق كل واحد من المتعاقدين الغاية التي توخاها من إبرامه للعقد . فالتوازن والتعادل بين المتعاقدين يرتبط بمبدأ حسن النيّة , فالمتعاقد الذي يحافظ على هذا التوازن حسن النيّة ، ويلتزم بمبدأ حسن النيّة ، أما المتعاقد الذي يقترف ما من شأنه أن يخل بهذا التوازن والتعادل فهو سيئ النيّة , وعمله هذا يتعارض مع مبدأ حسن النيّة و ما تمليه القوة الملزمة . فهدف مبدأ حسن النيّة الحفاظ على هذا التوازن من خلال آليات أو نصوص تبناها المشرع للمحافظة على هذا التوازن الذي قد يختل لظروف معينة، أو بفعل أحد المتعاقدين . وهذا التوازن يجب أن يتوافر في أثناء مرحلة تكوين العقد أو إنشائه ، وأن يستمر في مرحلة تنفيذ العقد أيضا . "إذ أن الالتزام العقدي يقوم على أساس التوازن بين الالتزامات المتقابلة بين إطرافه , بحيث يفي كل طرف بما التزم به في الحدود التي ارتضاها بإرادته الحرة دون زيادة أو تقصان " .[1] " فلا بد من وجود توازن بين الإرادات التي تكون العقد، وتوازن بين المنافع التي تنتج عن العقد، وتوازن بين الالتزامات المنبثقة عن العقد بحيث لا تطغى مصلحة على أخرى ، أو يغتني أحد طرفي العقد على حساب الآخر دون وجه حق ، أو نتيجة الغش أو الخداع أو استغلال عدم الخبرة أو البساطة أو الجهل بما يتطلبه تنفيذ الالتزام".[2]

---

([1]) معوض , محمد فؤاد (2004) . دور القاضي في تعديل العقد , دراسة تحليلية و تاصيلية في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ,دار الجامعة الجديدة , الإسكندرية , مصر , ص 195 .
([2]) العوجي، مصطفى (1995) . القانون المدني، العقد، مرجع سابق ، ص86.

و بالاستناد إلى النصوص القانونية التي تناولت التوازن العقدي و التي سأشير إليها فيما يلي , يمكن القول أن المتعاقد الذي يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل إهمالا أو عمداً , بشكل يؤدي إلى الإخلال بهذا التوازن فانه يخل بالتزامه بحسن النية ، ويتحمل ما يترتب على فعله أو امتناعه من مسئولية . حيث إن مبدأ حسن النيّة لا يجيز حصول خسارة فادحة مقابل ربح فاحش في أي عقد ، وهو يهدف إلى تحقيق التوازن والتعادل بين المتعاقدين . و إعمال مبدأ حسن النيّة و إعمال النصوص والأحكام التي تمكنه من ممارسة رقابة هو الطريق لتحقيق هذا التوازن والتعادل بين المتعاقدين ، لأنه غاية رئيسة توخاها المشرع ،[1] وأثر من الآثار التي تترتب على الأخذ بمبدأ حسن النيّة يتوقف عليه سلامة التعامل ، وتحقيق العدل والإنصاف في هذا التعامل ، وتمكين العقد من أن يقوم بوظيفته كأداة للتعامل ، وكوسيلة لحماية المتعاقدين مع ما يستتبع ذلك من اطمئنان المتعاملين على تصرفاتهم , وشيوع الثقة والاستقامة والعدل في التعامل.

بعد أن بين الباحث أهمية التوازن العقدي وارتباطه بمبدأ حسن النيّة، سيقوم بتحديد معنى التوازن العقدي، وصولاً إلى موقف القانونيين المدنيين الأردني والمصري والقانون الإنجليزي من هذا التوازن العقدي . من المعروف أن العقد–أي عقد– ينشأ نتيجة التقاء إرادتين وتطابقهما على أمر معين ، فالتوازن العقدي يُعني هنا أن تكون كل إرادة من هاتين الإرادتين متوازنة ومتعادلة ومتساوية مع الإرادة الأخرى ، ولها نفس المؤهلات القانونية ، وتتمتع بنفس الحماية القانونية وتنطلق الإرادتان من مركز قانوني واحد ومتساو باختيارها ورضاها ، وبدون أن يشوبها أي عيب من عيوب الإرادة ، هنا يتحقق التوازن والتعادل المقصود بين الإرادتين المتعاقدتين ، وبالتالي فإن هذا التوازن على صعيد الإرادات يتفق مع مبدأ حسن النيّة . أما إذا اختل هذا التوازن بفعل أحد المتعاقدين ، أو بفعل أحد خارج نطاق العقد، وكان المتعاقد يعلم به ، وسكت عليه فإن هذا

---

([1]) عيسى , محمد , مفهوم العقد , مرجع سابق , ص 75 _ ص76 .

يتعارض مع مبدأ حسن النيّة ، كقيام أحد المتعاقدين بإكراه الآخر مثلاً أو تواطئه مع شخص خارج العقد للقيام بهذا الإكراه .([1])

أما التوازن العقدي على صعيد المنافع فإن كل عاقد يرتبط بالعقد طمعاً بتحقيق منفعة مشروعة، فمحل العقد على الغالب منافع مالية ، فلا بد أن يكون هنالك توازن عقدي على صعيد المنافع التي سيحصل عليها كل واحد من المتعاقدين من العقد ، فلا بد أن ينتفع كل عاقد من العقد , "لا يصح العقد إذا لم تكن فيه منفعة مشروعة لعاقديه".([2]) لأنه غير متوازن فكل واحد من المتعاقدين يجب أن يأخذ من المتعاقد الآخر، وأن يُعطي بالوقت نفسه ، والمفترض أن يكون هنالك توازن وتعادل بين الأخذ والعطاء , فالعقد يقوم على الأخذ و العطاء فكل متعاقد يأخذ و يعطي بالوقت نفسه , و بهذا يوازن المشرع بين حالتي الأخذ و العطاء لإيجاد التكافؤ العقدي المنشود .

كذلك الحال بالنسبة للتوازن على صعيد الالتزامات إذ أن هناك توازن بين التزامات المتعاقدين ، فكل واحد من المتعاقدين ألزم نفسه برضاه ومحض اختياره بالتزامات معينة يؤديها للمتعاقد الآخر ,([3]) هذه الالتزامات يجب أن تكون متوازنة فكل واحد من المتعاقدين دائن للمتعاقد الآخر ومدين له بالوقت نفسه ، وكل واحد منهما يلتزم بتنفيذ ما اشتمل عليه العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النيّة، وبصورة تحقق المنفعة المشروعة التي توخاها كل عاقد من العقد . ونلمس هذا التوازن في كل ما يدخل في تكوين أو إنشاء العقد ، وكل ما هو ضروري لهذا التكوين أو الإنشاء ، وفي الالتزامات المنبثقة عن العقد ، وفي تنفيذ العقد وفي تحقيق المنفعة المشروعة التي توخاها كل عاقد من العقد .

---

([1]) المواد(87 , 90 , 100 , 107 , 141 , 148 , 153 , 154 ) من القانون المدني الأردني , تقابلها المواد (89 , 90 , 95 ,100 , 121 , 125 ,127 ) من القانون المدني المصري .
([2]) المادة 1/166 من القانون المدني الأردني.
([3]) المادة (116 , 87 ) من القانون المدني الأردني , تقابلها المادة (109 , 89 ) من القانون المدني المصري .

واستمرار وجود هذا التوازن يعني الالتزام بمبدأ حسن النيّة ، والإخلال بهذا التوازن يُعني مخالفة مبدأ حسن النيّة مع ما يترتب على ذلك من آثار قانونية. و الهدف من الإبقاء على التوازن العقدي هو حماية كل واحد من المتعاقدين من المتعاقد الآخر، ومن الغير، وحماية الصالح العام وتحقيق العدل التعاقدي، واستقرار المعاملات وسلامة التعامل،" وتحقيق الغاية المشروعة من العقد كأداة لتبادل المنافع ووسيلة لحماية المتعاقدين، و بالتالي إبقاء العقد والمتعاقدين ضمن دائرة القانون ."[1]

كما سبقت الإشارة فإن القانونيين الأردني والمصري قد أخذا بمبدأ حسن النيّة وأعطياه حق الرقابة على تنفيذ العقد ، وكأثر للأخذ بهذا المبدأ ، ينتفي الإخلال بالتوازن العقدي , و في سبيل ذلك فقد أوجدا آليات ونصوصاً وأحكاماً لإبقاء حالة التوازن العقدي قائمة، وبالتالي التأكد من التزام المتعاقدين بما يمليه مبدأ حسن النيّة بعدم القيام بأي عمل من شأنه الإخلال بهذا التوازن . "فأحيانا لا بد من تدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي , مع هذا لا بد أن يبقى هذا التدخل في أضيق الحدود بحيث لا يظهر إلا في الحالات التي يظهر فيها بوضوح ظلم كبير قد لحق بأحد أطراف العقد لمصلحة الطرف الآخر ".[2] وسيقوم الباحث باستقراء نماذج من النصوص والأحكام القانونية الواردة في هذين القانونيين , والتي كرست وحددت معالم التوازن العقدي إعمالاً لمبدأ حسن النيّة، الذي لا يقر الإخلال بالتوازن العقدي ولا يجيزه ، ويعتبر المخل بهذا التوازن سيئ النيّة .

ونلمس هذا التوازن في صيغة العقد، فالعقد ليس أكثر من ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول المتعاقد الآخر، وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب

---

([1])حبشي , فاضل . (لات) . الامتداد القانوني لعقود الإيجار , دراسة مقارنة , (لان) , (لام) , ص 13 _ ص21 .
([2]) تناغو , مصادر الالتزام , مرجع سابق , ص 12 .

عليه التزام كل واحد منهما بما وجب عليه للآخر.([1]) فأحد المتعاقدين موجب والمتعاقد الآخر قابل وبمجرد تطابق الإيجاب مع القبول، يتم العقد ويحدث الأثر في المحل أو المعقود عليه، فيمتلك البائع الثمن ويمتلك المشتري المبيع ما لم ينص القانون على خلاف ذلك . ويمكن ملاحظة هذا التوازن فالإيجاب يتوازن معه القبول ، والمبيع يتوازن معه الثمن ، والتزام البائع بتسليم المبيع يتوازن معه التزام المشتري بتسليم الثمن ، وحصول البائع على الثمن يتوازن مع حصول المشتري على المبيع . هذه صورة مبسطة وواضحة للتوازن العقدي، في صياغة العقد في القانونيين المدنيين الأردني والمصري.

ونلمس إصرار القانونيين المدنيين الأردني والمصري على تحقيق حالة التوازن العقدي من نص المادة (203) من القانون المدني الأردني , ونص المادة (161) من القانون المدني المصري المتطابقين حرفياً . وقد أعطت هاتان المادتان الحق لكل متعاقد بأن يمتنع عن تنفيذ التزامه ، حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به , عندما تكون الالتزامات متقابلة ومستحقة الوفاء ، لأن قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه المستحق الوفاء ، بالوقت الذي يرفض فيه المتعاقد الآخر تنفيذ التزامه المستحق الوفاء أيضاً إخلال بالتوازن العقدي . لذلك أعطى القانون الحق لكل واحد من المتعاقدين بالامتناع عن تنفيذ التزامه ، حتى يقوم الآخر بتنفيذ ما التزم به وبذلك يتحقق التوازن العقدي المنشود . لذلك يعتبر الدفع بعدم التنفيذ إذا ما استخدم وفق ما يفرضه مبدأ حسن النية , من الوسائل التي اعتمدها المشرع الأردني و المصري لاعادة التكافؤ إلى العقود الملزمة لجانبين . والذي سيأتي بيانه بشيء من التفصيل في الفصل الثاني .

وقد حرص المشرع الأردني و المشرع المصري على تحقيق هذا التوازن من خلال الأحكام التي وضعها لإعادة التوازن إلى عقود الإذعان . لأن القبول في هذه العقود يقتصر على

---

([1]) المادة (87) من القانون المدني الأردني تقابلها المادة (89) من القانون المدني المصري.

مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب , ولا يقبل فيها مناقشة.[1] وللتأكيد على وجوب التزام المتعاقدين بمبدأ حسن النيّة , الذي يتطلب تحقيق التوازن بين المتعاقدين , فقد أعطى المشرعان الأردني والمصري للقضاء صلاحيات واسعة في تعديل الشروط التعسفية الواردة في عقد الإذعان ، أو إعفاء الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة ، واعتبر كل اتفاق يخالف ذلك باطلاً .[2] والغاية من ذلك إعادة التوازن العقدي الذي اختل في عقود الإذعان , ومهمة مبدأ حسن النيّة تتمثل برعاية حالة التوازن بين المتعاقدين , التي قد تختل عندما يضع المتعاقد القوي في عقد الإذعان شرطاً ظالماً ، "حيث إن مبدأ الإنصاف يتطلب الإبقاء على حالة التعادل بين الالتزامات المتقابلة من غير خلل ، فإن حدث خلل وجب إصلاحه للعودة إلى التعادل ذاته".[3]

حتى أن البعض يرى "أن المشرع عندما لا يضع إلا معايير مبهمة عمداً , فإنه يقصد ترك سلطة تقديرية واسعة للمحاكم لإعادة التوازن إلى العقد , الذي يختل كما هو الحال بالنسبة للشروط التعسفية في عقود الإذعان" .[4] حيث أن كل شرط يخل بالتوازن العقدي يُعد تعسفياً ويدل على سوء النيّة . وقد نصت المادة (924) من القانون المدني الأردني على" أن كل شرط تعسفي يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه يقع باطلاً ".[5]و يلاحظ هنا تدخل المشرع لحماية المؤمن له وللحفاظ على التوازن العقدي , إذ افترض المشرع أن إرادة المؤمن له قد ضُللت ، لأن المؤمن نص على هذه الشروط في عقد الإذعان بصورة غير واضحة. فكما أن المؤمن له يلتزم بتقديم معلومات صحيحة عن الخطر وعدم كتمانها عن المؤمن ، فإن المؤمن يجب أن يلتزم من جانبه أيضاً بتقديم شروط العقد بشكل واضح ، خاصة وأن ليس للمؤمن أن يناقش هذه الشروط، فإما أن يوافق عليها أو يرفضها . و يقصد بالشرط

---

([1]) المادة (104) من القانون المدني الأردني , تقابلها المادة (100) من القانون المدني المصري .
([2]) المادة (204) من القانون المدني الأردني تقابلها المادة (149) من القانون المدني المصري.
([3]) د. النقيب، عاطف (1988) . نظرية العقد، الطبعة الأولى، منشورات عويدات، بيروت، لبنان، ص391.
([4]) غستان، جاك (2000) . المطول في القانون المدني، تكوين العقد، الطبعة الأولى، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية، بيروت، لبنان، ص260.
([5]) تقابلها المادة (750) من القانون المدني المصري.

التعسفي الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف ذي النفوذ الاقتصادي القوي و الذي يكسبه ميزه فاحشة عن الطرف الأخر , كشرط الإعفاء من المسؤولية . و اختلال المساواة بين الأطراف يخلق نوع من الميزة القاصرة على المحتكر دون المذعن , و هذا يؤدي إلى عدم التوازن في حقوق و التزامات الأطراف .[1]

لذلك قرر المشرع بطلان الشروط التعسفية الواردة في عقد التأمين، حماية للمؤمن له باعتباره الطرف الضعيف , وأعطى المشرع للقاضي سلطة تقديرية لإبطال كل شرط لا صلة له بوقوع الحادث المؤمن منه . و" الشرط يكون تعسفياً إذا كان المؤمن له حسن النيّة في إخلاله بالتزامه ، ولم يترتب على هذا الإخلال ضرر للمؤمن".[2] فأبطل المشرع كل شرط يقيد حق المؤمن له ، أو يسقطه في مبلغ التأمين أو يمنعه من اللجوء إلى القضاء ، سواء تعلق الأمر بمخالفة القوانين ، أم التأخر في إعلان الحادث المؤمن منه ، أو بالشرط المطبوع الذي لم يبرز أو بشرط التحكيم . وهذه الأحكام تُظهر حرص المشرع الأردني والمصري على حماية الطرف الضعيف، وإبقاء حالة التوازن قائمة باعتبارها إحدى تطبيقات مبدأ حسن النيّة ، سواء في عقد التأمين أم عقد العمل أم البيع أم الوكالة أو غيرها من العقود ، إذا إن الإخلال بهذا التوازن من قبل أحد المتعاقدين، يتعارض مع ما يقتضيه مبدأ حسن النيّة.

ففي هذه العقود ترجح فيها قوة أحد العاقدين على الأخر , و لا يتعادل فيها التوازن الاقتصادي بين مركزي المتعاقدين , فيتمكن الطرف الأقوى من أن يفرض على المتعاقد معه شروط و يحكم عليه حبائله , بما يحاول أن يحشره في العقد من نصوص إضافية وعبارات غامضة تهدف إلى أغراض لا يريد أن يفصح عنها . لذلك فان الطرف الأقوى يتحمل تبعة تعمده

(1) عبد السلام , سعيد (1998) . التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان , دراسة فقهية مقارنة , دار النهضة العربية , القاهرة , مصر , ص 50 .
(2) العطير، عبد القادر (2001) . التأمين البري في التشريع الأردني، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، الأردن، ص154.

أو تقصيره فيما يمليه من شروط غير واضحة , فيفسر الشك في مثل هذه الأحوال لمصلحة الطرف المذعن حماية له. [1] و حفاظا على التوازن العقدي , فقد أوجب المشرع تفسير العقد عند الشك لمصلحة المدين لأن الأصل براءة ذمته. وفي عقود الإذعان فإنه لا يجوز تفسير العبارات الغامضة تفسيراً ضاراً بالطرف المذعن سواء أكان دائناً أم مديناً .[2]

والاستغلال بكل صوره يتعارض مع مبدأ حسن النيّة،[3] ويؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي . وقد قدم القانون المدني الأردني أمثلة لهذا الاستغلال من ذلك ما جاء في المادة (129) وهي حالة استغلال ذي الغفلة أو السفه، فنصت هذه المادة على أنه" يسري على تصرفات المحجور عليه للغفلة أو السفه ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام ، أما تصرفاته قبل الحجر فمعتبرة إلا إذا كانت نتيجة استغلال أو تواطؤ"، لأن الاستغلال أو التواطؤ يتعارض مع مبدأ حسن النيّة، ويخل بالتوازن العقدي لذلك جاءت الأحكام التي تضمنتها هذه المادة لتعيد التوازن العقدي في هذه الحالة على هدى مبدأ حسن النيّة.

وقدم المشرع الأردني حالة أخرى من حالات الاستغلال الذي يتعارض مع مبدأ حسن النيّة ويخل بالتوازن العقدي , وهي حالة استغلال حاجة المزارع ،" فإذا استغل المشتري في السلم حاجة المزارع ، فاشترى منه محصولاً مستقبلاً بسعر أو بشروط مجحفة إجحافاً بيناً ، كان للبائع قبل الوفاء أن يطلب من المحكمة تعديل السعر أو الشروط ، بصورة يزول معها الإجحاف . ويقع باطلاً كل اتفاق أو شرط يقصد به إسقاط هذا الحق ، سواء أكان ذلك شرطاً في عقد السلم

---

([1]) عامر , حسين . التعسف في استعمال الحقوق , مرجع سابق , ص 82 _ ص 83 .

([2]) المادة (240) من القانون المدني الأردني يقابلها المادة (151) من القانون المدني المصري.

([3]) تجدر الإشارة إلى أن القانون المدني المصري لم يأخذ بالاستغلال كسبب يخل بالتوازن العقدي إلا في حالة الطيش البين و الهوى الجامح ثم يجب لتوافر الاستغلال أن يستغل المتعاقد طيش أو هوى المتعاقد الآخر . حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (129) من القانون المصري "إذا كانت التزامات احد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الأخر , و تبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لان المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوا جامحا , جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد ."

نفسه أم كان على صورة التزام آخر منفصل أياً كان نوعه".[1] هذه المادة تبرز موقف القانون المدني الأردني من ضرورة الالتزام بمبدأ حسن النيّة الذي يرفض كل إخلال بالتوازن العقدي ، ويحرص على تحقيق هذا التوازن . وان كان للمشتري الحق في رفض التعديل و استرداد الثمن الحقيقي , إلا أن هذا النص من النصوص التي قررها المشرع الأردني لاعادة التعادل إلى العلاقة بين المشتري والبائع .

كما حتم المشرع الأردني والمصري على المحكمة أن تعيد التوازن بين المتعاقدين ، "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وإن لم يصبح مستحيلاً لكنه صار مرهقاً للمدين , بحيث يهدده بخسارة فادحة , وذلك برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين إن اقتضت العدالة ذلك , ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك ".[2] فهذه النظرية أي نظرية الظروف الطارئة قد وضعها المشرع لإعادة التوازن بين المتعاقدين , حيث أن العقود التبادلية تقوم على توازن مالي يقدره أطرافها عند إبرام العقد ، لكي يتحقق لكل منهما توازناً معقولاً وعادلاً.[3]

ويجوز للمحكمة بناء على طلب المدين في سبيل الموازنة بين مصالح ذوي الشأن أن تقصر حق الدائن على اقتضاء عوض نقدي , بالرغم من أن التنفيذ العيني ممكن ، إذا كان في التنفيذ العيني إرهاقاً للمدين . وإن كانت القاعدة هي عدم جواز العدول عن التنفيذ العيني إلى التعويض النقدي ما دام التنفيذ العيني ممكناً ، ولكن حفاظاً على التوازن العقدي يجوز العدول إلى التنفيذ بطريقة التعويض , إذا كان هذا لا يلحق ضرراً جسيماً بالدائن . ولا يقبل من الدائن أن يتعسف ويصر على التنفيذ العيني في مثل هذه الحالة ، حيث إن المحكمة تقدر مدى إرهاق

---

(1) المادة (538) من القانون المدني الأردني.

(2) المادة (205) من القانون المدني الأردني تقابلها الفقرة الثانية من المادة (147) من القانون المدني المصري.

(3) عبد الرحمن، حمدي، (1999) . الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص479.

التنفيذ العيني للمدين ، بحيث يعدل المدين إلى التنفيذ بطريق التعويض إذا كان الضرر الذي يلحق بالدائن يسيراً ، قياساً مع مدى إرهاق المدين إذا ما أُجبر على التنفيذ العيني .[1] أما إذا كان الضرر الذي يلحق بالدائن جسيماً، فإن المدين يُلزم بالتنفيذ العيني حتى ولو كان مرهقاً له، لان الدائن أولى بالرعاية لانعدام التعسف من جانبه , إذا ما أصر على التنفيذ العيني .[2] ومن الأمثلة على ذلك أن يقيم المالك بناء خلافاً لما يفرضه عليه التزام أو اتفاق بعدم البناء , وهذا أمر كثير الوقوع ، فمن واجب القاضي في هذا المقام أن يوازن بين مصالح ذوي الشأن، وأن يتحامى تحميل المدين تضحيات جسام درءاً لضرر طفيف .[3]وتقدير مدى الإرهاق إنما هو من مسائل الواقع , التي تدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع .[4]

وقد أجاز المشرع للمحكمة بناء على طلب أحد طرفي العقد في جميع الأحوال إعادة المتعاقدين إلى حالة التوازن باعتباره من تطبيقات مبدأ حسن النيّة. وذلك من خلال إعادة النظر في الشرط الجزائي "التعويض الاتفاقي أي الاتفاق المسبق على تقدير التعويض الذي يستحق للدائن عند امتناع المدين عن التنفيذ أو التأخر فيه" ,[5] بحيث يكون التعويض مساوياً للضرر , ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك .[6] ويكون للقاضي الأردني صلاحية تعديل تقدير التعويض بالزيادة أو التنقيص , بحيث يصبح مساوياً للضرر الفعلي . أما القاضي المصري فيجوز له تنقيص التعويض دون زيادته , إلا إذا أقام الدائن الدليل على أن المدين , قد أرتكب غشاً أو خطأً جسيماً [7]. ويلاحظ رغم اختلاف مدى صلاحية القاضي في القانونيين المدنيين الأردني والمصري بالنسبة لزيادة التعويض الاتفاقي أو تنقيصه ، أنهما متفقان على ضرورة إعادة التوازن

---

[1] المادة (355) مدني أردني يقابلها المادة (203) مدني مصري.
[2] د. منصور، محمد حسين (2000) . أحكام الالتزام، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ص 17.
[3] المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ،الجزء الأول، نقابة المحامين، المكتب الفني، ص 405.
[4] نقض مصري بتاريخ 1970/12/15، مجموعة أحكام النقض، ص(1234)، نقلاً عن الدكتور، الفار، عبد القادر، أحكام الالتزام، الطبعة السادسة، دار الثقافة، عمان، الأردن، ص59.
[5] الفار , عبد القادر ( 2001) . أحكام الالتزام , الطبعة السادسة , دار الثقافة , عمان , الأردن ,ص 73 .
[6] المادة (364) من القانون المدني الأردني تقابلها المواد (223، 224) من القانون المدني المصري.
[7] د. الفار، عبد القادر، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص75.

بين المتعاقدين ." إذا يُخشى في حالة تقدير التعويض من قبل المتعاقدين قبل وقوع الضرر، وقوع الغلط أو الإكراه , وهذا ما يدعو إلى إعادة النظر في هذا التقدير".[1] كما يعتبر منح المدين نظرة الميسرة من الآليات التي اعتمدها المشرع الأردني والمصري لإعادة التوازن إلى العلاقة العقدية [2] .فإذا تخلف أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه أو أهمل في ذلك إهمالاً واضحاً , رغم أن الوفاء ما زال ممكناً ، يكون المتعاقد الآخر بالخيار بين المطالبة بتنفيذ العقد أو بين طلب الفسخ , على أن يكون قد أعذر المدين من قبل ، فإذا اختار الدائن تنفيذ العقد، وكان ذلك ممكناً تعين على القاضي أن يستجيب لطلبه ، وجاز له أن يحكم بالتعويض إذا اقتضى الحال ذلك . أما إذا اختار الفسخ فلا يُجبر القاضي على إجابته بل يمكن للقاضي من تلقاء نفسه أو بناء على طلب المدين , أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك بشرط أن يكون المدين حسن النيّة .[3] كما لو كان المدين يمر بظروف اقتصادية صعبة حالت دون وفائه بالتزامه , ولكنها قد تتحسن في المستقبل ويفي بالتزامه ، أو كان الإخلال بتنفيذ الالتزام قليل الشأن لا يستأهل فسخ العقد، أو أنه قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته, أو أن للمدين عذراً في تأخره في التنفيذ .[4] فيمنح عندها أجلاً للوفاء جزاءاً على حسن النيّة . فقد يرى القاضي أن المدين سيئ الحظ صادفته ظروف حالت دون تنفيذ الالتزام في الميعاد ، بمعنى أن تأخره في التنفيذ كان له سببه أو كان لعدم تعاون الدائن معه ، أو لم يصب الدائن ضرر من ذلك ، أو أنه كان متعسفاً في طلب الفسخ ، أو أن الجزء المتبقي غير المنفذ قليل الأهمية، بحيث يمكن تنفيذه إذا مُنح المدين أجلاُ . وهذا الأجل من سلطات القاضي الموضوعية التي تقتضيها العدالة وحسن النيّة في تنفيذ العقد . ولكن إذا ثبت للقاضي أن المدين قد أخل بالتزامه كاملاً ، كالمشتري الذي

---

(1) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني مرجع سابق، ص417.
(2) المادة (246) من القانون المدني الأردني تقابلها المادة (157) من القانون المدني المصري.
(3) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني مرجع سابق، ص 463 ، 264.
(4) الشواربي، عبد الحميد، مرجع سابق، ص38.

يرفض سداد الثمن رغم تسلمه المبيع , أو البائع الذي يرفض تسليم المبيع رغم تسلمه الثمن , دون أن يكون أحدهما معذوراً في ذلك ، فمثل هذا التصرف يُعد من قبيل الغش والاحتيال لسلب ثروة الغير , وأبسط ما يوصف به المتعاقد أنه سيئ النيّة . و يكون الفسخ وجوبياً في هذه الحالة , فليس معنى منح القاضي سلطة تقديرية في إيقاع الفسخ أو منح الأجل , أن يرفض ذلك في أشد حالاته , وإلا كان القاضي مشرعاً لا مطبقاً للقانون.(1)

يتضح مما سبق أن موقف المشرعين الأردني والمصري متشابه إلى حد كبير , فيما يتعلق بحالة التوازن المفترضة بين المتعاقدين وضرورة الحفاظ على هذا التوازن . وقد حددا الوسائل والآليات اللازمة لإعادة هذا التوازن بين طرفي العلاقة العقدية إذا ما اعتراها خلل، سواء كان هذا الخلل ناشئ عن ظروف معينة أو عن تصرف أحد المتعاقدين . فقيام أحد المتعاقدين بالإخلال بالتوازن العقدي أمر يتعارض مع مبدأ حسن النيّة , ويشكل خطأ وخروجا على حدود القوة الملزمة للعقد يقيم مسؤوليته العقدية . كما لو استغل حاجة المتعاقد الآخر أو تعمد عدم تنفيذ التزامه أو تأخر في ذلك ، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن" عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي أو التأخر في تنفيذه ، خطأ يرتب مسؤوليته " .(2)

أما موقف القانون الإنجليزي من التوازن العقدي فانه بحسب الأصل لا يشترط أن يكون هناك توازن أو عدالة فيما يأخذ المتعاقد أو يعطي , فتقدير الالتزامات أمر يعود للأطراف عند إبرام العقد . وعليه فان القانون الإنجليزي لا يوجب وجود توازن عقدي , و لا يعتبر التوازن العقدي مؤشرا على حسن أو سوء نية المتعاقد , كما هو الحال في القانون الأردني و القانون المصري . و لكنه استثناء اشترط هذا التعادل في بعض الحالات , كعقود الإذعان وعندما يكون

---

(1) فوده، عبد الحكيم (2000) . إنهاء القوة الملزمة للعقد دراسة تحليلية على ضوء قضاء النقض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ص 454_ ص472 .
(2) طعن رقم (338) لسنة 62 ق-جلسة 1998/5/28، نقلاً عن الموسوعة الفريدة في مبادئ النقض الجديد، مرجع سابق , ص 14.

الإخلال بالتوازن ناشئا عن الغش أو الإكراه , عندها يفترض سوء نية لدى ذلك المتعاقد الذي أخل بالتوازن العقدي , الذي قدره الأطراف عند إبرام العقد . فيتدخل القضاء لاعادة الأمور إلى نصابها , و تحقيق التعادل الذي قرره الأطراف و الواقع أن سوء النية تتوافر لدى المتعاقد في مثل هذه الأحوال لا بسبب الإخلال بحالة التوازن , بل لتوافر الغش بمعناه الواسع أو الإكراه .

ولتوضيح هذا اكثر لابد من الإشارة إلى المقصود بالمقابل في القانون الإنجليزي , فالمقابل في القانون الإنجليزي هو" عمل أو امتناع عن عمل أو وعد بعمل , يصدر عن أحد المتعاقدين الذي يعتبر ثمنا لشراء وعد الطرف الأخر" . و هكذا فانه لا يمكن في العقد البسيط أي الرضائي إجبار شخص على تنفيذ ما اتفق عليه , ما لم يكن قد حصل أو سيحصل على مقابل . و الواقع أن فكرة المقابل جاءت منسجمة مع الفلسفة العامة التي تسود إنجلترا , و هي الفلسفة النفعية . و عليه فان أساس الالتزام بالعقد هو الفائدة أو المصلحة التي حصل أو سيحصل عليها الملتزم . و بخلاف ذلك فانه من الصعوبة أن نتصور في ظل الفلسفة النفعية إلزام شخص دون أن يكون هناك مردود نفعي مادي لالتزامه , و بهذا المعنى يكون العقد مؤسسا على فكرة الصفقة لا على أساس سلطان الإرادة , و يستتبع ذلك أن الالتزام الأدبي لا يكون أساسا لالتزام الشخص بالعقد لان الذي يلتزم أدبيا لا يحصل على فائدة أو نفع مادي . لذلك فان عقود التبرع في إنجلترا لا تكون إلا شكلية , لأنها تستمد الزاميتها من الشكل لا من المقابل .[1]

و على عكس الحال في القوانين اللاتينية التي افترضت وجود التوازن و أوجبته , فقد حرمت الغبن و اشترطت التعادل بين ما يأخذ و ما يعطي المتعاقد, و وفرت للقاضي الآليات التي تعيد هذا التوازن إلى العلاقة العقدية . " لم يشترط القانون الإنجليزي أن يكون المقابل متعادلا, على أساس قاعدة ( حبة قمح تكفي) . فتقدير تعادل الاداءات من شان الأطراف وقت إبرام العقد , و

---

([1]) العنبكي , مجيد , مبادئ العقد في القانون الإنجليزي , ص 24_ ص26 .

ليس للقاضي أي سلطة في ذلك عندما يطلب إليه أن يعطي للعقد قوة تنفيذية , لذلك لا يأخذ القانون الإنجليزي بالغبن إلا إذا توافر الغش و الإكراه ".[1] فالمقابل لا يحتاج أن يكون معادلا في القيمة للواعد , و لكن يجب أن يتضمن قيمة مهما كانت ضئيلة , ففقط يشترط في المقابل أن يكون ذا قيمة مادية و يمكن أن يكون رمزيا أي ذا قيمة رمزية , فلا يشترط فيه أن يكون معادلا أو ملائما للالتزام الذي هو ثمن له . فيمكن أن يكون المقابل أقل بكثير مما وعد له , حيث يجوز أن تشتري ما قيمته ألف جنيه , بجنيه واحد , لان القضاء الإنجليزي لا يهتم بتعادل الالتزامات بقدر اهتمامه بوجود مقابل .[2]

لذلك فانه بحسب الأصل العام فان القانون الإنجليزي لا يدخل في مفهوم سوء النية كل ما يعد إخلالا بالتوازن العقدي إلا استثناء , إذ انه لا يشترط أن تكون الالتزامات العقدية متوازنة أو متعادلة ,[3] فيكفي أن يكون الالتزام ذا قيمة اقتصادية مهما قلت قيمته . و مع هذا فان موقف القانون الإنجليزي يقترب من موقف القانونيين المدنيين الأردني والمصري من التوازن العقدي باعتباره تطبيقا لمبدأ حسن النية استثناء كما سلف , في حال وجود غش أو إكراه و في حالات أخرى نص عليها المشرع ," حتى انه في بعض الحالات لم يعتد بالمقابل الرمزي ( أي غير المعادل لما وعد له ) و اعتبره غير موجود , كنص المادة (17) من قانون الملكية حيث إنه لم يعتبر المقابل النقدي الرمزي مقابلا ذا قيمة على خلاف الأصل , فقد اعتبر المقابل الرمزي غير كافي , بمعنى أخر اشترط التعادل في الالتزامات في هذه الحالة . و كذلك الحال فقد أعطى المشرع الإنجليزي للمحكمة الحق في إعادة التوازن للعقد في حالات البيع الايجاري ".[4] و نصت المادة 1/137 من قانون حماية المستهلك لسنة (1973) أن للمحكمة إعادة العدالة

---

(1) فتحي عبد الله , ص 406.
(2)العنبكي . مرجع سابق , ص 27 _ص 28 .
(3) شيشر , ج و فيفوت , س (1976 ) . أحكام العقد في القانون الإنجليزي , ظواهر الاتفاق و قواعد الإيجاب و القبول , ترجمة هنري رياض , دار الجيل , بيروت لبنان , ص 73 _ص 74 .
(4) العنبكي . مرجع سابق , ص 27 _ ص 28 .

والتوازن بين المتعاقدين . وكذلك قانون توريد البضائع والخدمات قد تدخل لحماية العامل والمستأجر لأنهما الطرف الضعيف , من خلال تنظيم العلاقات العمالية , والعلاقة بين المالك والمستأجر .[1]

ومما يؤيد هذا الموقف قرار القضاء الإنجليزي في قضية (جارجز ومارجون 1985) والذي جاء فيه , انه لا يُقبل من المحكمة أن تقف وتسمح للمتعاقد أن يدفع المتعاقد الضعيف نحو الحائط ، إذ لا بد أن تتدخل لحماية الطرف الضعيف وتعيد التوازن بين المتعاقدين .[2]كما أن من واجب المحكمة أن تتدخل لإعادة الأمور إلى نصابها , في حال لجأ أحد المتعاقدين إلى الغش والاستغلال للحصول على منافع ومكاسب غير مشروعة، حيث يكون العقد قابلا للإبطال لأن المتعاقد مرتكب الغش قد أساء استعمال الثقة الممنوحة له .[3] كما أن الفقيه "كوت" أكد هذا الموقف في قضية "سوس اتلنتيكو" في ما يتعلق بتفسير العقود بأن الشرط الاستثنائي , أي الشرط الذي يضمنه أحد المتعاقدين يجب أن يكون واضحاً، فإذا عجز ذلك المتعاقد عن تقديمه بصورة واضحة ، فإن ذلك الشرط سيقرأ ويفسره ضده[4].

و نخلص بعد مقارنة موقف القوانين الثلاثة المقارنة من التوازن العقدي إلى أن أسس الأخذ بمبدأ حسن النيّة التي أشرنا إليها مجتمعة تؤكد وجوب الالتزام بمبدأ حسن النيّة وقت تنفيذ العقد ، وأن عدم الإخلال بهذه الأسس يوفر الحماية للمتعاقدين وللعقد في مرحلة تنفيذه ، والمساس بإحدى هذه الأسس يشكل خرقاً لمبدأ حسن النيّة ، وخللاً في تنفيذ العقد يرتب مسؤولية المخل ، حتى في القانون الإنجليزي و لو على سبيل الاستثناء . وبعد بيان أسس الأخذ مبدأ حسن النيّة سيتم بحث وظائف هذا المبدأ في الفرع التالي .

---

(1) Mckend rick, Ewan, Contrct Law, Page 224.
(2) Mckend rick, Ewan, page 223.
(3) Richard, panl, Law of contract, page 221.
(4) شيشر، ج،س وفيفون (لات) . بنود وشروط العقد في القانون الإنجليزي، ترجمة هنري رياض، الطبعة التاسعة، مكتبة السودان، القاهرة، مصر، ص111.

**الفرع الثاني :وظائف ومهام مبدأ حسن النيّة**

لقد أدرك المشرعان الأردني والمصري أهمية وفاعلية مبدأ حسن النيّة، فأسندا لهذا المبدأ العديد من المهام والوظائف ، قدر أنها أساسية لنجاح المنظومة القانونية السائدة , وإشاعة الثقة والأمانة والقصد والاعتدال، والمحافظة على حقوق الأفراد وحمايتها , والمحافظة على الصالح العام وحمايته , مما يؤدي إلى استقرار التعامل واطمئنان الناس على حقوقهم , مع ما يجره ذلك من تقدم واستقرار وازدهار للمجتمع.

ولتمكين هذا المبدأ من أداء وظائفه ومهامه والقيام بها على أفضل وجه، تم إعطاء مبدأ حسن النيّة صفة المبدأ القانوني العام والملزم , الذي له حق الرقابة على كافة العقود في كل مراحل العقد وخاصة مرحلة تنفيذه . وهذا واضح من نص المادة (202) من القانون المدني الأردني ونص المادة(148) من القانون المدني المصري وهما متطابقان حرفياً، وقد أوجبتا ضرورة تنفيذ العقد– أي عقد– على الإطلاق بطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النيّة , ومن نص المادة (156) من القانون المدني الأردني , ونص المادة (124)من القانون المدني المصري , وهما متطابقان حرفياً أيضا , اللتان حرمتا التمسك بالغلط على وجه يتعارض و حسن النية. وواضح أيضاً من نص المادة (675) من القانون المدني الأردني التي أوجبت على كل متعاقد تنفيذ ما اشتمل عليه العقد بصورة تحقق الغاية المشروعة منه وتتفق مع حسن النيّة . وهذه المادة مصاغة بطريقة عامة وليست مقصورة على عقد الإيجار , مما يجعلها صالحة للانطباق على تنفيذ أي عقد من العقود. فما فائدة العقد الذي لا يحقق لعاقديه الغاية المشروعة من انعقاده ، وما فائدة تنفيذ العقد إن كان هذا التنفيذ قاصراً عن بلوغ الغاية التي من أجلها تكون العقد , و هذه الوظائف هي :

**الوظيفة الأولى : التخفيف من جمود القواعد القانونية**

أولـى وظـائف ومهام مبدأ حسن النيّة هي التخفيف من جمود القواعد القانونيـة , إذ أن مبدأ حسن النية يعطي القاضي حرية في تقدير ظروف إعمال النص , فيكون لـه التفريق بين المتعاقد الذي نفذ بسوء نية و المتعاقد حسن النية , و مبدأ حسن النية بذلك يحمي ذي المصلحة من الأضرار التي يسببها التطبيق الجامد للقواعد القانونية . في هذا السياق نشير إلى ما تنص عليه المواد (1191 و1192)من القانون المدني الأردني , والمادة ( 978) من القانون المدني المصري من أن الحائز يكسب ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية , ومعنى ذلك انه إذا الزم الحائز حسن النية برد الشي إلى مالكه , فان ما يلتزم برده هو الشي ذاته , و أما الثمار فلا يلزم بردها و لا بالتعويض عن قيمتها . و حكم القانون في هذا مبناه العدالة و رعاية مصلحة الحائز , و ترجيحا لحسن نيته على مصلحة المالك .[1] كما ان مبدأ حسن النية و غيره من المبادئ القانونية العامة يمكن القاضي من سد ثغرات القانون و حماية الاستقرار القانوني و مواجهة الظروف و الوقائع الجديدة و التي لم يتناولها المشرع بنص قانوني يعالجها, فيغطي بذلك غياب النص في بعض الحالات المستجدة .[2]

**الوظيفة الثانية :ضمان قانونية التنفيذ**

و حيث إن مبدأ حسن النيّة معني بالدرجة الأهم بتنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبكل ما ورد فيه , في ظل قاعدة القوة الملزمة للعقد ,[3] فانه يمكن القول بأن مبدأ حسن النية يشكل ضمانه قانونية , تضمن تنفيذ العقد بصورة صحيحة وموافقة لأحكام القانون , ومحققة للغاية المشروعة التي وجُد العقد لتحقيقها. فكل فعل أو امتناع عن فعل لا يقره القانون يتعارض مع مبدأ حسن النيّة ، " فعندما يستغل مثلاً متعاقد حالة المتعاقد الآخر أو سوء التعبير الذي وقع

---

(1) عامر , حسين , التعسف في استعمال الحقوق و إلغاء العقود , مرجع سابق , ص 74 .
(2) محمود , مجدي , المبادئ القضائية , مرجع سابق , ص 75 _ص 80 .
(3)سليم , عصام , أسس الثقافة القانونية , مرجع سابق , ص 349 .

منــــــه، وهـــــو يعلـــــم أنـــــه أخطـــــأ فـــــي التعبيـــــر ويعـــــي حقيقـــــة ما قصده" .(1) فإن القاضي بأعماله لمبدأ حسن النيّة يستبعد هذا الاستغلال، إذ تستطيع المحكمة التعرف على سوء نية ذلك المتعاقد من خلال ظروف وملابسات القضية . ومن خلال بحث القاضي في سلامة نية المتعاقد و حسنها , فانه في الواقع يوفر حماية للمتعاقد و الغير من الاحتيال و الغش و كتم المعلومات و تقديم المعلومات غير الصحيحة , إذ إن مثل هذه الأفعال غير المشروعة تقوم على أساليب احتيالية , لا تكتشف إلا من خلال دراسة نية المتعاقد و معرفة حقيقة قصده . فكل عمل أو ترك يعتمد فيه أسلوب احتيالي أو غشي , في الحقيقة يخل بالتوازن العقدي , و قبل ذلك هو غش ينفي كل حسن نية عن المتعاقد , و بما يترتب على ذلك قيام مسؤولية مقترفها ." و مبدأ حسن النية بهذا يوفر الحماية اللازمة لمصالح الأفراد سواء تلك التي تتعلق بالنظام العام أو تلك التي لا تتعلق بالنظام العام . و من خلال المساهمة بحماية الشرعية القانونية و إلزام المتعاقدين بها ، وعدم مساسهم بالنظم الاجتماعية والاقتصادية والأخلاقية السائدة في المجتمع "،(2) فينشأ العقد وينفذ بطريقة قانونية فتعم النزاهة ويعم شرف التعامل في تنفيذ العقود، ذلك أن أفراد المجتمع متعاقدون بشكل أو بأخر , وكل هذا يؤدي لاستقرار التعامل . حيث إن القانون يفرض الجزاء على من يخالف مقتضيات مبدأ حسن النيّة، مما يشكل رادعاً , يحول دون المساس بالحدود والأسس التي تجعل تنفيذ العقد قانونياً. لذلك فإن على المتعاقد في أثناء تنفيذه للعقد أن يتقيد بالنيّة المشتركة للمتعاقدين , وأن لا يخرج عن الحدود التي تفرضها القوة الملزمة للعقد.(3)

**الوظيفة الثالثة : عدم التمسك بحرفية التنفيذ**

---

(1)القوني، عبد الحليم، حسن النيّة وأثرة، مرجع سابق ص310 ..
(2) حداد , حسن النية , مرجع سابق , ص 76 – ص 77 .
(3) انظر صفحة66_68 من هذه الرسالة .

ومن وظـائف ومهـام مبدأ حسـن النيّـة أنـه يحـول دون تمسـك المتعاقد بحرفيـة التنفيذ , فـلا يرهق المتعاقد المتعاقد الأخر بالتشبث بحرفية التنفيذ ,[1]حيث أن الأصل بأنه يحق لكل طرف من أطراف العقد أن يتمسك بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه حرفياً , حيث أن العقد شريعة المتعاقدين إلا أن هذا مقيد بالالتزام بمبدأ حسن النيّة , و الأصول التنفيذية واجبة الاتباع . فلا يجوز لأي متعاقد أن يتمسك بتنفيذ العقد حرفياً ، بشكل يؤدي إلـى الإضرار بالمتعاقد الآخر، فمن حسن النيّة في تنفيذ العقد , التيسير علـى المتعاقد بحيث لا يتضـرر من تنفيذ العقد تنفيذاً حرفياً.[2] حيث يوائم مبدأ حسن النيّة بين مبدأ العقد شريعة للمتعاقدين و قوة العقد الملزمة ، وعدم الإضرار بالغير سواء في تفسير العقد أم تنفيذه ." فكما يضمن المشرع للدائن الوسائل اللازمة لتحصيل حقه بالضغط على المدين لإجباره على الوفاء , فإن مبدأ حسن النية يوازن بين مصلحة الطرفين بحيث يكون للدائن أن يلجأ إلى تلك الوسائل دون أن يكون في ذلك مساس بكرامة المدين حسن النية ".[3] كما أن مبدأ حسن النيّة يوفر الحماية لحالة أو وضـع لم تكن لتسمح بحمايته القواعد العامة إذا ما طُبقت تطبيقاً عادياً، وتقوم هذه الحماية للحد من أثر بطلان التصرفات القانونية .[4] فمن يكتسب حقاً بحسن نية , فإن حسن نيته يحصن هذا الحق ، ولا يبطل التصرف الذي اكتسب بموجبه هذا الحق ، كما في حالة الدائنين الذين لم يستوفوا حقوقهم لعدم ثبوتها في بيان وصـي التركة ، ولم تكن لهم تأمينات على أموال التركة , فلا يجوز لهم أن يرجعوا على الذي كسب بحسن نية حقاً على أموال التركة، وإنما لهم الرجوع على الورثة في حدود ما عاد عليهم من التركة .[5]

**الوظيفة الرابعة :ضمان سلامة الإرادة**

---

(1) الحنبلي , الحقوق , مرجع سابق , ص 15 .

(2) القوني، عبد الحليم، حسن النيّة وأثرة، مرجع سابق ص31.

(3) حبيب , عادل جبري (2005) . التنفيذ العيني للالتزامات العقدية , دراسة تحليلية تاصيلية مقارنة , دار الفكر الجامعي , الإسكندرية , مصر , ص 2-3 .

(4) القوني، مرجع سابق ص320.

(5) المادة(1107) من القانون المدني الأردني تقابلها المادة897 من القانون المدني المصري.

أن مبدأ حسن النية يساهم مع مبدأ الرضائية الذي يقوم على أن الإرادة هي الأساس في قيام العقد ,(1) في ضبط الإرادة و جعلها سليمة و خالية من العيوب . حيث إن مبدأ حسن النية يرتبط ارتباطا وثيقا مع الإرادة , إذ أن اعتماد الإرادة كأساس لقيام العقد كما سلف , له اثر أساسي بالنسبة لاعتماد مبدأ حسن النية و تمكينه من أداء وظائفه , حيث إن الأخذ بمبدأ حسن النية يعتمد على مدى الاعتراف بدور الإرادة في إنشاء العقود و تنفيذها . فحيث يكون مبدأ الرضائية , يبرز دور مبدأ حسن النية في ضبط هذه الإرادة و إبقائها سليمة , و بعيدة عن كل ما يعد من سوء النية ,(2) و هذا من أهم الوظائف التي يؤديها مبدأ حسن النية بالتوافق مع نظام عيوب الإرادة , و من ثم فإن عدم الأخذ بمبدأ الرضائية يعني فيما يعنيه انعدام دور مبدأ حسن النية , و عدم تأديته وظائفه في الرقابة على تنفيذ العقود خاصة .

**الوظيفة الخامسة :مشروعية الباعث**

إن مبدأ حسن النية في التصرفات القانونية قد أخذ مكانه في ظل النظرية الحديثة للسبب , و كان له الفضل الأول في تحويل أنظار الفقه إلى التعويل على البواعث و النيات التي وراء التصرفات , مهما كانت بعيدة و غير مباشرة باعتبار أن لها تأثيرا كبيرا على الإرادة القانونية .(3) و بناء على ذلك فان مبدأ حسن النية لا يستطيع أن يقوم بوظيفته في مراقبة مشروعية الباعث , إلا إذا اعتمد مفهوم الباعث بحسب النظرية الحديثة , حيث إن مبدأ حسن النية يوجب على المتعاقد ليتصف بحسن النية أن ينتفي في جانبه أي تجاوز للقوة الملزمة أو أي خطا , فيقدم على التعاقد و ينفذ ما اتفق عليه بباعث حسن , و إلا عد سئ النية.

**الوظيفة السادسة :حماية الحيازة**

---

(1) سليم عصام , مرجع سابق , ص 259 .
(2) القاضي , محمد , مبدأ حسن النية في قانون العقوبات , مرجع سابق , ص 2 .
(3) القوني , مرجع سابق , ص 26 .

كما يوفر مبدأ حسن النية الحماية للمتعاقد الذي اكتسب حقه بحسن نية , إذ اشترط المشرع الأردني في المادة (1176) من القانون المدني لانتقال الملكية بالحيازة , أن تتم الحيازة بحسن نية , فقد نصت على انه يعد حسن النية من يحوز الشيء , و هو يجهل انه يعتدي على حق الغير . و يفترض حسن النية , ما لم يقم الدليل على غيره .[1] أي أن يعتقد من انتقل إليه الحق , بان التصرف قد صدر من مالك الشيء , فحتى يكون انتقال الملكية صحيحا و متمتعا بالحماية القانونية يجب أن يكون متلقي الحق حسن النية .

**الوظيفة السابعة : تعزيز الجانب الأخلاقي**

إن مبدأ حسن النية" يعزز الجانب الأخلاقي في القوانين الوضعية ",[2] حيث انه يتضمن مفاهيم أخلاقية تدعو المتعاقد لعدم استغلال ثغرة قانونية أو فرصة سانحة لكسب منفعة على حساب غيره , إذ إن التزام المتعاقد بهذا المبدأ يوفر هامشا أخلاقيا , يحول دون استغلال متعاقد لمتعاقد أخر . و يظهر دور مبدأ حسن النية في تعزيز الجانب الأخلاقي من خلال الالتزامات المتفرعة عن هذا المبدأ كالالتزام بالتسامح والالتزام بالتعاون , و التي تهدف إلى تحقيق الأمانة العقدية و كشف التصرفات غير الأمينة .[3] وهكذا كان لمبدأ حسن النيّة في تطوره ولصلته بالأخلاق الأثر القويم في أن يرد الأمور إلى نصابها , وأن يُعلي شأن القاعدة الأخلاقية في النطاق القانوني .[4]

**الوظيفة الثامنة : تحقيق التوافق بين قصد و تنفيذ الالتزام**

ومن وظائف مبدأ حسن النية انه يضمن وجود نوع من التوافق بين قصد الالتزام بأداء معين بموجب العقد , و بين قصد تنفيذ ذلك الالتزام بحسب ما اتفق عليه و ضمن أحكام القانون

---

(1) تقابلها المادة (965) من القانون المدني المصري .
(2) عيسى , جمال , مرجع سابق , ص 24 .
(3) الرفاعي , الالتزام بالتسامح , مرجع سابق , ص 4 .
(4)بدوي، السيد، نفس المرجع، ص10

, حيث إن حسن النية يوجب على المتعاقد تنفيذ التزاماته التي قصد الالتزام بها كما اتفق عليها .[1] كما أن مبدأ حسن النية يلائم بين أهداف القانون بأن تتيسر المعاملات و أن تتم بصورة مشروعة و موافقة للقانون , و بين غاية و هدف المتعاقد من إبرام العقد و تنفيذه , وصولا إلى لتحقيق منفعة شخصية مشروعة . وبهذا يسهم مبدأ حسن النية في تحقيق غايات المشرع في تنظيم المجتمع و معاملاته و استقرارها , و ضمان حقوق و مصالح المتعاقد الخاصة من خلال هذه المعاملات . و يتضح من تحري النهج العام في المعاملات ما للنية و المقاصد و المعاني من اثر في استقرار المعاملات , فلا بد و أن يكون القصد في التصرف موافقا لقصد التشريع , و هذا يعني أن تكون نية المرء وان يكون قصده من استعمال حقوقه مشروعا وخاليا من الغش و التدليس .[2] و المشرع في تحريمه سوء النية ومظاهرها من كذب و غش , و تشدده مع سئ النية , لما يترتب على ذلك من نتائج سيئة على الفرد وعلى المجتمع , كانعدام الثقة في البيع و الشراء و العقود و المعاملات , وما يجر ذلك من تشاحن و تشاجر و توسيع للخلافات .[3]

**الوظيفة التاسعة :تعزيز التوازن العقدي**

وفرض المشرع الالتزام بمبدأ حسن النية على كلا المتعاقدين و حتى على الغير , يعزز من حالة التوازن الفعلية بين المتعاقدين ,[4] و يضمن سلاسة انتقال الحقوق , إذ لو فرض هذا المبدأ على متعاقد دون أخر لأدى إلى نتائج ظالمة , و بالعكس فان إلزام الجميع به , يسهم في إشاعة نزاهة التعامل و يعزز الثقة المفترضة في المعاملات . فالتقيد بمبدأ حسن النية يجعل من شروط العقد و عباراته تمثل و تعبير حقيقي عن نية المتعاقد . حيث أن تعبير المتعاقد عن نيته وما دار في نفسه من خلال شروط العقد , يلزمه بتنفيذ التزاماته بحسن نية و ضمن ما تقضي به

---

(1) القوني , مرجع سابق , ص 27 .
(2) السروي ,محمد , الغش في المعاملات المدنية , مرجع سابق , ص 17 .
(3)العبادي , عبد الله , من ألا داب و الأخلاق الإسلامية , مرجع سابق , ص 235 .
(4) عيسى , جمال , مفهوم العقد , مرجع سابق , ص 75 – ص76 .

القوة الملزمة للعقد , و ضمن ما توقعه المتعاقد الأخر و حدود ما يفهم من عبارات العقد بحسب المألوف و المتفق عليه . أي أن ينفذ المتعاقد ما التزم به دون مواربة أو تلاعب , و هذا ما يهدف إليه مبدأ حسن النية .[1]

كما أن مبدأ حسن النية يحول دون تنفيذ عقود مشروعة في ظاهرها , و لكن غاياتها غير مشروعة . كمن يلجا إلى بيع مواد مسروقة بهدف إخفاء جريمة , أو كمن يلجأ إلى التبرع أو إبرام عقود وهمية مع زوجته للتهرب من الضرائب . حيث إن الالتزام بمبدأ حسن النية يحرم مثل هذه التعاملات , و يرتب جزاء على مقترفها , و هي التي تنضوي بشكل أو بأخر تحت ستار الغش .[2]

**الوظيفة العاشرة : توسيع صلاحية القاضي**

و أخيرا فان مبدأ حسن النية بمفهومه المرن و شموليته , يزيد من صلاحية القاضي في إحقاق الحق و رد العقود و التصرفات إلى حدود الشرعية ,[3] من خلال التوسع في مفهوم الغش و التعسف و الإخلال بالتوازن العقدي من اجل محاربتها , إذ أن انتفاء الغش والتواطؤ و انتفاء التعسف و عدم الإخلال بالتوازن العقدي , أسس يقوم عليها مبدأ حسن النية و بانتفاء إحداها ينتفي حسن النية . فلا يوجد قانون يجيز سوء النية أو الغش أو التحايل أو التواطؤ في تنفيذ العقود , بل أن العقل يرفض التعامل الذي يقوم على الغش أو التعسف أو الإخلال بالتوازن العقدي . و أبعد من ذلك فان مقتضى مبدأ حسن النية يجد تطبيقا له من خلال نظم قانونية أخرى , كالتعسف باستعمال الحق أو التعامل العادل في القانون الإنجليزي أو من خلال مفاهيم

---

(1) أحيل الى الصفحات 154 _ 158 منعا للتكرار .
(2) الفار , أحكام الالتزام , مرجع سابق , ص 92 –ص 93 .
(3) بدوي , السيد , مرجع سابق , ص 111 – ص 112 .

العدالة و الأخلاق , و بغض النظر عن ضيق أو سعة الأخذ أو المصطلح الذي يطلق عليه . فالتصرف الذي يتفق و حسن النية مشروع , أما إذا بني على أساس من سوء النية فهو غير شرعي , و لا يتفق و أحكام القانون .

نخلص مما مضى إلى أن المشرع في الأردن و مصر و إنجلترا أناط بمبدأ حسن النيّة وظائف ومهام , تتناسب مع مكانته كمبدأ عام , تتمحور حول فكرة إبقاء العقد والمتعاقدين ضمن إطار الشرعية والمشروعية بمعناهما الواسع، وحماية المتعاقدين من الاحتيال والاستغلال والكتمان وتقديم بيانات غير صحيحة , والحفاظ على مصالح الأفراد والصالح العام، وهي وظائف على درجة كبيرة من الأهمية. و في ما يلي سننتقل إلى بحث موضوع ارتباط مبدأ حسن النية بتنفيذ العقد و النظام العام في المبحث الثاني من هذا الفصل .

## المبحث الثاني: ارتباط مبدأ حسن النيّة بمرحلة تنفيذ العقد والنظام العام

يتضح ارتباط مبدأ حسن النيّة بمرحلة تنفيذ العقد , من خلال ملازمة المشرع الأردني بين هذا المبدأ و بين مرحلة تنفيذ العقد ، وذلك بالنص على هذا التلازم وعلى هذا الارتباط الوثيق في المادة (202) من القانون المدني الأردني .[1] و في المادة (675)من القانون المدني الأردني والعديد من النصوص التي أوجبت تنفيذ العقد بطريقة تتفق وحسن النيّة ، فقرنت مبدأ حسن النيّة مع تنفيذ العقد، وربطت بينهما .

وتأكد هذا التلازم والارتباط في العديد من الأحكام القضائية ، والعلة في هذا التلازم والارتباط تكمن في الدور الذي يلعبه مبدأ حسن النيّة في إبقاء العقد والمتعاقدين في أثناء

---

([1]) يقابله نص المادة148 مدني مصري.

تنفيذهما للعقد ضمن إطار الشرعية والقانون , "حتى أن القانون الإنكليزي الذي لا يحفل كثيراً بالنيّة كأصل عام على أساس أنها غير منضبطة , لجأ إلى مبدأ حسن النيّة لضبط تنفيذ العقد ",(1) كما يتضح ذلك من خلال السوابق القضائية والآراء الفقهية , التي سأتعرض لها من خلال هذا المبحث . ووصل هذا التلازم والارتباط بين مبدأ حسن النيّة وتنفيذ العقد إلى الحد الذي لا يجوز معه , الاتفاق على استبعاد حكمه كمبدأ يحكم مرحلة تنفيذ العقد لأنه من النظام العام . وقد قسمت هذا المبحث إلى مطلبين الأول لبحث مدى ارتباط تنفيذ العقد بمبدأ حسن النيّة , والثاني خصصته للإجابة عن التساؤل التالي هل يعتبر مبدأ حسن النيّة من النظام العام أم لا؟ و توضيح ارتباط هذا المبدأ مع النظام العام أو عدم ارتباطه, وهل يجوز للمتعاقدين الاتفاق على مخالفة مقتضاه .

## المطلب الأول

## ارتباط مبدأ حسن النيّة بمرحلة تنفيذ العقد

تُعنى مرحلة تنفيذ العقد _ أي عقد _ تلك المرحلة التي يقوم فيها كل واحد من المتعاقدين بالوفاء بما تم الاتفاق عليه عند إبرام العقد , أي المرحلة التي يقوم فيها كل واحد من المتعاقدين بتنفيذ الالتزامات التي رتبها عليه العقد , وهذه الالتزامات إما أن تكون التزاما بنقل حق عيني ، أو القيام بعمل ، أو الامتناع عن عمل . وهذا الالتزام قد يكون التزاما بتحقيق غاية كالتزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، والتزام المشتري بدفع الثمن ، فلا يكون المتعاقد قد وفى بالتزامه إلا إذا تحققت الغاية منه , وهي قيام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وقيام المشتري بدفع الثمن إلى البائع . وقد يكون التزام ببذل عناية لا بتحقيق غاية كالتزام الوديع أو المستعير أو

---

(1) فتحي عبد الله , مرجع سابق , ص 203 .

الوكيل ، ويكون المتعاقد قد وفى بالتزامه إذا بذل في ذلك عناية الرجل المعتاد أو عنايته بأمواله الخاصة بحسب الأحوال.

ويعنى تنفيذ العقد بحسن نيّة قيام كل متعاقد مختارا بتنفيذ الالتزامات التي رتبها العقد في ذمته للمتعاقد الآخر، تنفيذاً كاملاً غير منقوص وبأمانة وصدق واستقامة وتعاون . أي أن ينفذ المتعاقد التزامه نحو الآخر كما يحب أن ينفذ هذا الآخر التزامه نحوه ، وأن يوفى للآخر حقوقه كما يحب من هذا الآخر أن يوفى حقوقه له ، وأن يتم التعاون بين المتعاقدين حتى يحصل كل متعاقد على المنفعة المشروعة التي توخاها من العقد بأفضل وأيسر الطرق .

وقد تم ربط تنفيذ العقد بمبدأ حسن النيّة لأن مرحلة تنفيذ العقد هي أهم مراحل العقد ، لأنها المرحلة التي يقطف فيها كل متعاقد الثمار التي توخاها من العقد ، ولأنها تُفضي إلى تحقيق الغاية التي توخاها المتعاقد من العقد ، ثم إن العقد بعد إبرامه وتكونه يصبح قانوناً أو شريعة للمتعاقدين و هذه الشريعة أو القانون قد وُجد لينفذ والقانون الذي لا ينفذ لا فائدة منه . وعدم تنفيذ العقد يفوت الغاية من إبرامه ويُعطل وظيفة العقد كأداة لتبادل المنافع ، لذلك اهتم المشرع بمرحلة تنفيذ العقد وأوجد المبادئ والقواعد القانونية لرعاية مرحلة تنفيذ العقد , ومنها مبدأ حسن النيّة ليكون هذا التنفيذ على أفضل وجه.

المشرعان الأردني والمصري قد أدركا التلازم والارتباط بين مبدأ حسن النيّة وبين مرحلة تنفيذ العقد ، وأدركا فائدة هذا التلازم والارتباط ، لذلك أوجبا أن ينفذ كل عقد بصورة تتفق مع ما يوجبه حسن النيّة وعلى ذلك اتفقا واتسقا، وهذا واضح من نص المادة (202) من القانون المدني الأردني المتطابقة حرفياً مع نص المادة(148) من القانون المدني المصري . وقد أعطت المادتان السابقتان لمبدأ حسن النيّة صفة المبدأ القانوني العام والملزم ، وخولتاه حق الرقابة والإشراف على مرحلة تنفيذ أي عقد . وأكدتا أن قيام المتعاقد بتنفيذ التزامه كفعل مادي لا يكفي

ولا يجعل من هذا التنفيذ تنفيذاً قانونياً صحيحاً، بل لا بد أن يتم التنفيذ بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النيّة و الأصول التي يفرضها , وهذا التنفيذ لا يقتصر على إلزام المتعاقدين بتنفيذ ما ورد في العقد فحسب ، بل يشمل أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف وطبيعة التعامل والعدالة.

وقد خص الباحث المادتين السابقتين بالذكر لأنهما تشيران إلى هذا الارتباط الوثيق بصراحة ، ولأنهما قد جاءتا بصيغة العموم والشمول ، و أعطيتا مبدأ حسن النية صفة المبدأ العام الشامل لكل العقود . كما أن التطبيقات الأخرى لمبدأ حسن النيّة تؤكد هذا الارتباط لأنها تقرب المتعاقدين وتقودهم ليصلوا تحت حماية مبدأ حسن النيّة إلى تحقيق الغاية المشروعة من العقد من خلال تنفيذه . كنص المادة (675) من القانون الأردني , ويُلاحظ في هذه المادة الترابط و التلازم بين التنفيذ و تحقيق الغاية المشروعة وبين مبدأ حسن النيّة . فالتنفيذ حتى يكون قانونياً وصحيحاً يجب أن يحقق الغاية المشروعة من العقد ، وأن يتم بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النيّة ,[1] بحيث يكون تنفيذ الالتزام وفق ما تمليه القوة الملزمة للعقد , بمعنى أن يقوم المتعاقد بالقيام بالفعل المادي المكون للالتزام و وفقا للأصول الواجبة القانونية و الأخلاقية .

ولتوضيح مدى هذا الارتباط و التلازم بين مبدأ حسن النيّة وبين مرحلة تنفيذ العقد ، أقدم عقد البيع كنموذج إذ لا تتسع هذه الأطروحة لدراسة آثار مبدأ حسن النية على مرحلة تنفيذ كل عقد على حده ، خاصة إذا أخذنا بعين الاعتبار طبيعة كل عقد , واختلاف الالتزامات التي يرتبها في ذمة المتعاقد من عقد لآخر. فالبائع في عقد البيع دائن ومدين بنفس الوقت , فهو دائن بالالتزامات المترتبة في ذمة المشتري له , وهو مدين بالالتزامات المترتبة في ذمته للمشتري ، وينطبق الأمر ذاته على المشتري فهو دائن بالالتزامات المترتبة في ذمة البائع وهو مدين للبائع

(1) تمييز حقوق 1993/1164 , موسوعة التشريعات الالكترونية .

بالالتزامـات المترتبـة بذمتـه للبـائع , ويُعنـي التنفيـذ بحسـن نيـة قيـام البـائع بالوفـاء أو بتأديـة الالتزامات التي رتبها عليه عقد البيع للمشتري ، وهي تسليم المبيع للمشتري , أي القيام بالوقعة المادية وهي فعل التسليم , ووفق الأصول القانونية كوجوب تسليمه للمعقود عليه مع كل ملحقاته حتى لو لم تذكر صراحة في العقد , و وفق الأصول الأخلاقية فلا يلجأ إلى الغش كتسليمه المبيع بعد تلاعبه بحقيقته أو الكذب بشأن عيوب المبيع كأن يوهم المشتري بأنه خال من العيوب . وكذلك الحال بالنسبة للمشتري فيجب عليه تأدية الالتزامات التي رتبها عقد البيع عليه , وهي تأدية الثمن للبائع , ويتم ذلك بالكيفية التي تم الاتفاق عليها عند إبرام العقد , دون مماطلة أو تلاعب اختيارا وفي الآجل المحدد .

و مبدأ حسن النيّة يضفي على هذا التنفيذ الكمال والطابع الأخلاقي من خلال الأصول التـي يفرض مراعاتها ، ويوجب على البائع أن ينفذ التزامه نحو المشتري ، كما يحب أن ينفذ المشـتري التزامـه نحـوه أي أن يكـون التنفيـذ المتبـادل كـاملاً غيـر منقـوص وأن يـتم بـإخلاص واستقامة وصدق ، وبالتزام كامل بالعقد ومقتضيات حسن النيّة من نزاهة و أمانة . وأن يتم التعاون بين البائع والمشتري لتحقيق الغاية التي توخاها كل واحد منهما من العقد , وهي تملك المشتري للمبيع وانتفاعه به على الوجه الذي أراد , وتملك البائع للثمن وانتفاعه به على الوجه الذي ابتغاه و بأيسر الطرق وأقل التكاليف ، كما يوجب مبدأ حسن النيّة على كل واحد منهما أن لا يضع العراقيل بوجه الآخر , ليعيق تنفيذه لالتزامه أو ليجعل هذا التنفيذ مستحيلاً أو مرهقاً .

ويوجب على البائع أن يسلم المبيع للمشتري بالفعل ، أو أن يخلى بين المبيع والمشتري مع الأذن له بقبضه وحيازته حيازة فعليه بدون مماطلة ، لأن المماطلة بالتسليم قد تلحق الضرر بالمشتري بحيث يتأخر انتفاعه به , ويوجب مبدأ حسن النيّة على البائع عند تسليمه للمبيع أن يسلم معه كامل ملحقاته، وما هو من مستلزمات المبيع وفقاً للقانون والعرف وطبيعة التصرف

والعدالة. ويتوجب على البائع أيضاً أن يُطلع المشتري على كافة العيوب الخفية التي يعرفها في المبيع، لأن البيع قد انعقد على أساس خلو المبيع من العيوب , كما يتوجب عليه أن يُطلع المشتري على كافة الحقوق المترتبة للغير على المبيع ، لأن البيع قد انعقد على أساس خلو المبيع من أي سبب للاستحقاق أو المعارضة .

ويلتزم البائع أيضاً بالقيام بكل الإجراءات اللازمة لنقل ملكية المبيع ، فإذا كان المبيع عقاراً أو مركبة مثلاً فيتوجب على البائع أن يذهب مع المشتري إلى الدائرة المختصة والتوقيع على كافة المعاملات ، والقيام بكل الإجراءات اللازمة لنقل ملكية المبيع ، وعمل كل ما يلزم لتمكين المشتري من حيازة المبيع حيازة فعلية كاملة ، ومن تمليكه إياه ملكية وحيازته هادئة ومستقرة ، وبدون منازعة أو معارضة أي شخص كان ، ويتوجب على البائع أن يبقى خلال فترة تنفيذ العقد ملتزماً بمبدأ حسن النيّة ، وبالقوانين والأنظمة واللوائح والنظام العام والآداب العامة فلا يقترف أي فعل يتعارض مع أي منها وفي كل الأحوال يبقى البائع ملزماً بضمان التعرض وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية، وضمان العمل غير المشروع وضمان الأضرار التي يسببها البائع للمشتري في أثناء قيام البائع بتنفيذ التزاماته .[1]

ولا بد من الإشارة إلى أن قيام البائع باحتباس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ، وقيام البائع بالامتناع عن تنفيذ التزامه بتسليم المبيع حتى يفي المشتري بالتزامه ويدفع الثمن , مثل هذه الأمور لا تتعارض مع مبدأ حسن النيّة، حيث إن مبدأ حسن النيّة لا يطلب من المتعاقدين التفريط بحقوقهما أو تضييعها , فقد أعطى القانون البائع و كذلك للمشتري هذه المكنات للحفاظ على حقوقه وحمايتها ، واستعمال البائع لهذه المكنات أمر يتفق مع مبدأ حسن النيّة.

---

([1]) الأحكام المتعلقة بالتزامات البائع بينتها المواد (485-521) من القانون المدني الأردني والمواد (428-455) من القانون المدني المصري.

وكذلك يلتزم المشتري بتنفيذ التزامه بدفع ثمن المبيع ، بالصورة والكيفية التي تم الاتفاق عليها في العقد، سواء أكان مقسطاً أو كاملاً وبدون مماطلة، فلا يتأخر بدفعه بقصد تفويت صفقة رابحة على البائع مثلا . كما يجب عليه أن يتسلم المبيع فلا يتأخر بتسلمه بقصد زيادة نفقات المحافظة عليه إن اتفق أن تكون على البائع ، كما يترتب على المشتري أن يدفع نفقات المبيع والبيع ، إلا إذا اتفق على غير ذلك . والتزام المتعاقد بهذه الأصول يعبر عن حسن نيته ، إذ إنه ملزم خلال تنفيذه لالتزاماته أن لا يقترف أي فعل يتعارض مع الشرعية والقانون , وأي إخلال بمبدأ حسن النيّة وأي اقتراف لفعل غير مشروع , يجعل تنفيذه لالتزامه غير قانوني وغير صحيح .

فإذا تحقق الترابط و التلازم بين التنفيذ وبين مبدأ حسن النيّة ، فيكون تنفيذ العقد مقبولاً وقانونياً ويتمتع العاقد بحماية القانون . أما تنفيذ العقد بطريقة لا تتفق مع ما يوجبه حسن النيّة يعد غير صحيح وغير قانوني، ويقيم مسؤولية المتعاقد سيئ النيّة ، و يحرمه من حماية القانون ، ويلزم بالتعويض الناشئ عن الضرر الذي سببه عمله غير المشروع المتمثل بالتنفيذ بطريقة لا تتفق مع ما يوجبه حسن النيّة.

أما في القانون الإنجليزي فان افضل تطبيق لمبدأ حسن النية يكون في مرحلة تنفيذ العقود .(1) وهذا الموقف يتشابه إلى حد بعيد مع موقف القانون الأردني و القانون المصري الذي يلزم المتعاقدين بتنفيذ العقد بما يحقق الغاية المقصودة منه وفقاً للشروط المذكورة في العقد ، وعدم قيام أحد الأطراف بتنفيذ التزاماته ، أو تنفيذها بشكل منقوص يعطي الطرف الآخر الحق بالمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به . وهذا ما أكده القضاء الإنكليزي في قضية "موررلاندور 1921 "حيث قضى بوجوب تنفيذ المتعاقدين ما اتفقوا عليه و الزامهم بمضمون العقد

---

(1) Tetly , willam , good faith in contract , online , page ,4_7

ومما يؤكد ارتباط تنفيذ العقد بمبدأ حسن النيّة في القانون الإنكليزي ما قاله اللورد بينهام في قضية (انترفوتو 1999) يجب على الأطراف مراعاة مبدأ حسن النيّة في تنفيذ التزاماتهم والالتزام به , حيث أن له تأثيره الإيجابي على العلاقات العقدية , ويجب على أطراف هذه العلاقات اللعب بنظافة وأن يكشفوا أوراقهم دون اللجوء إلى الغش والخداع .[1] وهذا يتطلب من المتعاقد أن يتخذ الخطوات اللازمة لتنفيذ العقد و التعاون مع المتعاقد الآخر من أجل تحقيق الأهداف المشروعة التي قصدوها من ذلك العقد .[2][3]

فالقانون الإنكليزي أهتم بمرحلة تنفيذ العقد ، وأوجب تنفيذ العقد وفقاً لشروطه و يجب على أطرافه الوفاء بالتزاماتهم العقدية .[4] وأي إخلال بالتنفيذ يصدر من أحد المتعاقدين يخول المتعاقد الآخر أن يطالب بالتعويض وإذا كان الإخلال خطيراً فإن من حق المتعاقد الآخر طلب إبطال العقد، لكن القانون الإنكليزي في ما يتعلق بارتباط مبدأ حسن النيّة بمرحلة تنفيذ العقد، ليس بوضوح ارتباط هذا المبدأ بمرحلة تنفيذ العقد في القانونيين المدنيين الأردني والمصري. فهذان القانونان جعلا من مبدأ حسن النيّة مبدأ قانونياً عاماً صراحة ، وأعطياه حق الإشراف على مرحلة تنفيذ العقد، وأوجبا أن يتم التنفيذ بصورة تتفق مع مبدأ حسن النيّة ونصا عليه بصراحة.

(1) Richard, Paul, H, Law Of Contract, Page 267.
(2) Mekinred, Contract Law, Page 123
(3) Richard, Paul, Law Of Contract, Page, 123.
(4) Keenan , Denis , . (1986) . English law , 8th editon , Pitman publishing , london , England , page , 185 .

## المطلب الثاني

## ارتباط مبدأ حسن النيّة بالنظام العام

كما ربط المشرعان الأردني والمصري بين مبدأ حسن النيّة وبين مرحلة تنفيذ العقد ولازما بينهما، فقد ربطا مبدأ حسن النيّة بالنظام العام ولازما بينهما . والقصد من هذا الربط و التلازم بين مبدأ حسن النيّة وبين النظام العام هو إعلاء شأن مبدأ حسن النيّة وبيان أهميته ، حيث أن قواعد النظام العام هي" مجموعة القواعد التي تمس مصالح المجتمع والتي يقوم عليها كيانه، والتي تسود على مصالح الأفراد وتعلو عليها والتي لا يجوز لهم مخالفتها بأي شكل من الأشكال ".[1] وقد قصد المشرعان الأردني والمصري من ربطهما وملازمتهما بين مبدأ حسن النيّة وبين النظام العام , إيضاح أن مبدأ حسن النيّة بمقتضياته من القواعد الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع , والتي تمس مصالحه والتي تسود على مصالح جميع الأفراد والتي لا يجوز لهم مخالفتها ." لذا فعلى جميع الأفراد أن يحترموا كل ما يتعلق بالنظام العام حتى لو كان في ذلك تضحية بمصالحهم الخاصة , فإذا هم خرجوا على هذا النظام باتفاق خاص وقع هذا الاتفاق باطلا".[2] وقد وضع المشرعان الأردني والمصري إطاراً عاماً للقواعد التي تعتبر من النظام العام ، وأشارا إلى بعض هذه القواعد ، كالأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث

---

([1]) د. الجبوري، ياسين محمد، المبسوط في شرح القانون المدني الأردني، وائل للنشر والتشريع، رام الله، ص544.
([2])فرج , عبد المنعم (1995 ) . أصول القانون , (لان ) , (لام) , ص 76 .

والإجراءات اللازمة للتصرف بالوقف وفي العقار ومال المحجور عليه ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري , وسائر القوانين التي تصدر لحماية المستهلك في الظروف الاستثنائية [1].

وأشار القانونان المدنيان الأردني والمصري إلى النظام العام بأكثر من مادة من موادهما التي تؤكد الترابط و التلازم بين مبدأ حسن النيّة وتنفيذ العقد وبين النظام العام , من هذه القواعد المادة (153) من القانون المدني الأردني التي اشترطت أن يكون محل العقد غير مخالف للنظام العام ، فإذا كان مخالفاً للنظام العام فإن العقد يكون باطلاً.[2] والمادة (165) من القانون المدني الأردني، التي اشترطت أن لا يكون سبب العقد مخالفاً للنظام العام، فإذا خالف السبب النظام العام فالعقد باطل .[3] والمادة (164)من القانون المدني الأردني التي اعتبرت كل شرط يخالف النظام العام باطلا . و لتأكيد ارتباط مبدأ حسن النية بالنظام العام ، لابد من توضيح طبيعة قواعد النظام العام وطرق تميزها عن غيرها من القواعد , وصولاً إلى إبراز حقيقة أن مبدأ حسن النيّة من قواعد النظام العام التي يقوم عليها كيان المجتمع .

بداية يشير الباحث إلى أن فكرة النظام العام فكرة مرنة ونسبية ، فهي تتسع و تضيق بحسب الأفكار السائدة في المجتمع . فهي تضيق في ظل المذاهب الفردية التي تعتد بحرية الفرد , بينما تتسع في ظل المبادئ الاشتراكية نتيجة لتدخل الدولة لذا تكثر القواعد الآمرة التي تحد من سلطان الإرادة .[4] و يصعب وضع تعريف جامع ومانع لها ، أو تحديد نطاقها على وجه الدقة وهي من هذه الناحية تتشابه مع فكرة حسن النيّة ، فما يعتبر من النظام العام في الأردن مثلاً قد لا يكون من النظام العام في إنكلترا ، إذ أن فكرة النظام العام تختلف باختلاف الزمان والمكان .

---

( [1]) المادة (3/163) من القانون المدني الأردني. و السنهوري , مرجع سابق , ص 446 – ص 449 .
([2]) تقابلها المادة 135 من القانون المدني المصري.
([3]) تقابلها المادة136 من القانون المدني المصري.
([4]) فرج , عبد المنعم , مرجع سابق , ص 77 .

ومع هذا فقد عرف الفقه النظام العام بأنة فكرة تعبر بصفة عامة عن الأسس الاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية التي يقوم عليها نظام المجتمع[1].

ولتحديد مدى ارتباط مبدأ حسن النيّة بالنظام العام، ومعرفة ما إذا كان هذا المبدأ من النظام العام أم لا من وجهة نظر القانون الأردني والقانون المصري والقانون الإنجليزي ، فإنه يجب التمييز أولاً بين نوعين من القواعد القانونية النوع الأول : هو القواعد الآمرة أو الناهية, أما النوع الثاني فهو: القواعد المكملة أو المفسرة . أما القواعد الآمرة أو الناهية : فهي التي تكون بشكل أوامر ونواه تقيد حرية المتعاقدين عن طريق إلزامهم بها , بحيث لا يمكنهم الاتفاق على ما يخالفها لكونها من النظام العام . أما القواعد المكملة أو المفسرة فهي لا تقيد حرية المتعاقدين في تنظيم علاقاتهم العقدية ، إذ يجوز لهم استبعاد تطبيقها بالاتفاق على ما يخالفها ، ولا تكون هذه القواعد ملزمة لهم إلا في حال عدم الاتفاق على خلافها والسكوت عن الإشارة إليها، لأنها ليست من النظام العام .

وللتمييز بين القاعدة القانونية الآمرة والقاعدة القانونية غير الآمرة ، هنالك معياران معيار لفظي وآخر معنوي ، والغاية من بحث هذين المعيارين بيان فيما إذا كان النص الذي يتبنى مبدأ حسن النيّة نص آمر أو غير آمر , وبالتالي تحديد كون هذا المبدأ من النظام العام أم لا .

المعيار اللفظي : هو الذي يأخذ ألفاظ وعبارات النص كأساس للتمييز بين القاعدة القانونية الآمرة والقاعدة القانونية غير الآمرة ، فإذا صرح النص بأن كل اتفاق يخالف هذا النص أو هذه القاعدة يعتبر باطلاً ، فهو بهذه الحالة نص آمر، كالنص الذي يحرم التعامل بتركة إنسان على قيد الحياة . وقد يتضمن النص الآمر ما يوحي أو يشعر بأن القاعدة آمرة ضمناً أو صراحة ، كأن يبدأ النص بكلمة "يجب" أو بكلمة "لا يجوز" , كنص المادة (202) من القانون

---

(1) قاسم، محمد حسين (1992) . المدخل إلى علم القانون، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، ص117.

المدني الأردني[1] التي قررت أنه يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النيّة , أو كالنص القاضي بأنه" لا يجوز التنازل عن الأهلية" , فإن القاعدة في مثل هذه الأحوال تكون قاعدة آمرة . لكن النص الذي لا يوحي بأنه قاعدة آمرة ولا يتضمن صيغة الوجوب ، أو ما يفيد بأنه لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه ، يكون نصاً مكملاً أو مفسراً ، كالنص بأن نفقات تسليم المبيع تكون على البائع ما لم يوجد نص أو اتفاق بغير ذلك . أما المعيار المعنوي في تمييز القاعدة الآمرة ، فينطبق حين لا يفهم من النص أنه يتضمن قاعدة آمرة متعلقة بالنظام العام وفقاً للمعيار اللفظي، ولكن يستدل من معناه وموضوعه أن هذه القاعدة القانونية تتعلق بمصلحة أساسية للجماعة ومن ثم وجب عدها قاعدة آمرة لا مكملة .[2]

لذلك فانه يمكن القول بأن مبدأ حسن النيّة من النظام العام وفقاً للمعيار اللفظي , لان النصوص التي تحض على الالتزام به نصوص آمرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها ، وقد تضمنت أيضاً صيغة الوجوب . كما يعتبر مبدأ حسن النيّة من النظام العام وفقاً للمعيار المعنوي ، فمبدأ حسن النيّة من المبادئ الأخلاقية الأساسية في المجتمع , التي قد تحولت إلى قواعد قانونية آمرة وملزمة لا يجوز مخالفتها باتفاق الأطراف . وحيث أن القواعد المتعلقة بالنظام العام هي قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو قانونية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد،" فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها , ولا يجوز لهم الاتفاق على ما يخالفها ".[3] كالأحكام التي تكفل حماية الغير حسن النيّة. وحيث أن دائرة النظام العام و الآداب تتسع بحسب التطوارت الاجتماعية و الاقتصادية و الأخلاقية , فان هذا يعطي للقاضي صلاحيات واسعة في هذا المجال عند البت فيما إذا كانت قاعدة قانونية تعتبر من النظام العام أم لا , فيكون في هذه الدائرة المرنة مشرعا

---

([1]) تقابلها المادة148 من القانون المدني المصري.
([2]) د. الداودي، غالب، المدخل إلى علم القانون، مرجع سابق ص80
([3]) قاسم , محمد (1998) . المدخل إلى القانون ,الدار الجامعية , بيروت , لبنان , ص 110.

بل هو مشرع مقيد بآداب و نظم أمته الأساسية و مصالحها , و هو بذلك يخضع لرقابة محكمة النقض لان النظام العام مسالة قانون[1].

وفي معرض توضيح الارتباط و التلازم بين مبدأ حسن النيّة وبين النظام العام ، وبتطبيق المعايير الآنفة الذكر للتمييز بين القواعد القانونية الآمرة والقواعد القانونية المفسرة ، يجد الباحث أنه ووفقاً لكلا المعيارين أن النصوص والقواعد التي أشارت لمبدأ حسن النيّة هي قواعد آمرة , وتنطبق عليها كل صفات قواعد النظام العام، وهي من المبادئ القانونية والأخلاقية التي يقوم عليها كيان المجتمع، وهي بذلك على رأس الأسس التي تعبر عنها فكرة النظام العام ." حيث إن النظام العام هو الباب الذي تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية , فتؤثر في القانون وروابطه , ويجعله يتمشى مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية والخلقية".[2]

وعليه فلا يجوز الاتفاق على ما يخالف هذه العوامل أو المبادئ الأساسية , ومبدأ حسن النيّة باعتباره من الأسس التي يقوم عليها كيان المجتمع , فإنه يدخل ضمن فكرة النظام العام . وبالتالي فإن كل اتفاق يخالفه باطل لأنه يكون مخالفاً للنظام العام , فاتفاق الأطراف على إنشاء عقد أو تنفيذه بسوء نية ، أو الاتفاق على إعفاء مرتكب الغش من مسؤوليته عن غشه باطل لمخالفته للنظام العام ، إذ إن النظام العام يحتم أن يُبرم العقد وينفذ بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النيّة، وبالتالي فإن عدم الالتزام بمبدأ حسن النيّة في تنفيذ العقد , يتعارض مع النصوص الأساسية الآمرة التي تعتبر من النظام العام .

و اعتبار مبدأ حسن النية من النظام العام يساعده في تأدية وظائفه و حماية المصلحة العامة و مصالح الأفراد الخاصة ، كالقواعد الخاصة بحماية أحد أطراف العقد كحماية المؤمن له والعامل، باعتبارهما الطرف الأضعف في العقد ، فيعتبر باطلاً كل شرط يقضي بالانتقاص من

---

(1) السنهوري نفس المرجع ص448.

(2) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق , ص437.

حقوق العامل أو التنازل بموجبه عنها، لمخالفته للنظام العام,والهدف من ذلك حماية العامل خاصة من الضغوط التي قد يمارسها رب العمل عليه.لذلك اعتبرت محكمة التمييز الأردنية "أن المخالصة الموقعة من العامل في أثناء فترة الإشعار بإنهاء الخدمة باطلة لا يُعتد بها".(1) وكذلك و للغاية نفسها أي حماية حقوق المتعاقد الأضعف من سوء نية المتعاقد الآخر، فقد أبطل المشرع الشروط التعسفية التي تسقط حق المؤمن له في مبلغ التامين . وكذلك الأمر بالنسبة للعقود العادية الأخرى التي لا تعتبر من عقود الإذعان , فقد وفر مبدأ حسن النيّة باعتباره من النظام العام الحماية للمتعاقد وللغير حسن النيّة سواء في مرحلة تكون العقد، أو مرحلة تنفيذه، وفرض الحق بالمطالبة بالتعويض وإزالة الضرر الذي تسبب به العاقد سيئ النيّة ، وهذه الحماية لا تؤمن إلا بنصوص آمرة ، لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها كالنص الذي يوجب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النيّة .

كذلك لو اتفق المتعاقدان على أن ينفذا العقد بطريقة تتعارض مع أي مظهر من مظاهر حسن النية كأن ينفذاه بالغش أو بالاحتيال أو بالاستغلال أو بكتمان المعلومات الضرورية للمتعاقد الآخر أو بالإكراه أو بطريقة تُسفر عن غبن أحد المتعاقدين غبناً فاحشاً، أو بأية طريقة تخالف القانون والنظام العام والآداب العامة، فمثل هذا الاتفاق باطل أيضاً لأنه يتعارض مع مقتضيات مبدأ حسن النيّة، لأن هذا المبدأ وكافة مقتضياته من النظام العام , فلا يجوز الاتفاق على ما يخالف المبدأ أو يخالف مقتضياته. والحكمة أو الغاية التي توخاها المشرع من ذلك هي أن مبدأ حسن النيّة، وكافة مقتضياته تشكل حماية للمتعاقدين، وحماية للعقد ، وحماية للغاية التي توخاها كل عاقد من العقد . و إخراج مبدأ حسن النيّة واستبعاده من دائرة تنفيذ العقد أو استبعاد

(1) تمييز حقوق، 200/51، هيئة عامة، مجلة نقابة المحامين العدد السابع والثامن والتاسع لسنة2004 ص1514.

مقتضياته يترك العقد ويترك المتعاقدين بدون حماية قانونية ، عندئذٍ تهتز الثقة العامة، ويفقد التعامل استقراره .

والقانون الإنكليزي كذلك قد اعتد بفكرة النظام العام في تنفيذ العقد ، واعتبر الالتزام به مظهراً من المظاهر الدالة على مشروعية التنفيذ ،حيث أن القاضي لا يلزم المتعاقدين بتنفيذ العقد الغير القانوني والمخالف للنظام العام , ولا يرتب أية حماية للمنافع المترتبة عليه.[1] ويكون العقد غير قانوني عندما يكون مخالفاً للنظام العام والآداب العامة ، أو أن يكون مخلاً بالحياة الأسرية أو أن يكون العقد بقصد ارتكاب جريمة جنائية أو خطأ مدني .[2] وقد أعطى القانون الإنكليزي الحق للمتعاقد حسن النيّة أن يطالب بالتعويض عما لحق به من ضرر , لكون العقد غير قانوني لمخالفته للنظام العام . ويكون المتعاقد حسن النيّة إذا كان لا يعلم بعدم قانونية العقد , أما علمه بذلك فينفي حسن نيته , وبالتالي لا يستطيع المطالبة بالتعويض . وقد قضى القضاء الإنكليزي في قضية" ستار جون 1945" بأن اتفاق المتعاقدين على أن يقوم أحدهما بالحصول على رخصة عمل معين لقاء مبلغ معين بطريقة قانونية ، ثم تبين خداع المتعاقد الآخر لعدم قدرته على الحصول على الرخصة لعدم توافر شروطها مع علمه بذلك , أن مثل هذا الاتفاق غير قانوني , ويكون للمتعاقد حسن النيّة الحق بالحصول على تعويض عن الأضرار التي أصابته بسبب العقد غير القانوني والمخالف للنظام العام .فقد اعتبر القضاء الإنكليزي في قضية" الكسندر واريسون1936" أن العقود التي تعقد لتنفيذ جرائم لا تتمتع بأية إلزامية لأنها مخالفه للنظام العام [3].

---

([1]) Mckendrick' ewan' page 196.
([2]) Mckendrick' ewan' page 211.
([3])Mckendrick' ewan' page 203-209.

في ضوء ما سبق يتضح أن فكرة النظام العام في القانون الإنكليزي ترتبط بوجوب الالتزام بمبدأ حسن النيّة ، وأن الالتزام بحسن النيّة في تنفيذ العقد من النظام العام ، فلا يجوز أن يتفق المتعاقدان على تنفيذ العقد بسوء نية مثلاً، ولا على إعفاء مرتكب الغش من مسؤوليته عن غشه، أو أن يتفقا على تنفيذ العقد بطريقة تخالف أحكام القانون ، فمثل هذا الاتفاق باطل لمخالفته للنظام العام، وغير قانوني، ولا يتمتع بأية إلزامية.

# الفصل الثاني

## حسن النية في تنفيذ العقود من حيث الموضوع في القانون المقارن

عندما ينعقد العقد الملزم للجانبين بصورة قانونية صحيحة , بأن تتوافر شروطه و أركانه من تراضي و محل و سبب , فانه يترتب على هذا الانعقاد آثار , هذه الآثار عبارة عن التزامات يرتبها العقد في ذمة المتعاقدين يجب تنفيذها بحسن نية . و القانون المدني الأردني على خلاف القانون المصري و القانون الإنجليزي , قد ميز بين حكم العقد و حقوق العقد_ و إن كان هذا التمييز لا اثر له من الناحية العملية _ " تأثرا بالفقه الإسلامي , فقصد بحكم العقد الأثر الأصلي و الغرض الذي قصده المتعاقدان من إنشاء العقد . أما حقوق العقد فهي ما يستتبعه من التزامات و مطالبات تؤكد حكمه و تحفظه و تكمله , فعقد البيع مثلا حكمه نقل ملكية المبيع إلى المشتري و ثبوت الملك في الثمن للبائع , أما حقوقه فهي إلزام البائع بتسليم المبيع للمشتري وقبوله إذا رد إليه بسبب العيب و ثبوت حقه في المطالبة بالثمن , و إلزام المشتري بأداء الثمن و ثبوت حقه في المطالبة بتسليم المبيع , و رد المبيع إذا وجده معيبا . و غير ذلك من الحقوق التي تثبت لكل عاقد قبل صاحبه تكميلا لأثر العقد و حفاظا عليه و توفيرا لكمال الانتفاع به . و حكم العقد يثبت من تلقاء نفسه و يتحقق ذاتيا بمجرد انعقاد العقد ما لم ينص القانون على غير ذلك , كما في حالة بيع المنقول المعين بالنوع فلا تنتقل الملكية إلا بفرز البائع للمبيع , أما حقوق العقد فهي التزامات ومطالبات تثبت في ذمة العاقد و يجب عليه الوفاء بها .[1] أما القانون المدني المصري و القانون الإنجليزي فلا يفرقان بين حقوق و حكم العقد , بل ينحصر اثر العقد في إنشاء التزامات في ذمة الطرفين .

---

[1] جميعي , عبد الباسط و آخرون , الوسيط , مرجع سابق , ص 789 _ ص790 .

و قد أوضح المشرع الأردني هذه التفرقة في المادة (199) من القانون المدني "أما حقوق العقد فيجب على كل من الطرفين الوفاء بما أوجبه العقد على كل واحد منهما ". و على الرغم من اختلاف موقف المشرع الأردني عن موقف القانونين المصري و الإنجليزي من حيث تمييزه بين حكم العقد و حقوقه , إلا انه يتفق معهما من حيث وجوب تنفيذ المتعاقدين لالتزاماتهما و إلزامهما بآثار العقد و فرض الجزاء على المخالف , و إلزام المتعاقدين أيضا بوجوب مراعاة ما يفرضه مبدأ حسن النية في أثناء تنفيذهما لالتزاماتهما العقدية.

و سينقسم هذا الفصل إلى مبحثين : الأول : يبحث في القوة الملزمة للعقد , و يتفرع عنه مطلبان المطلب الأول : لزوم تنفيذ العقد بطريقة تتفق و حسن النية و المطلب الثاني : يبحث في تحديد نطاق العقد . أما المبحث الثاني : فهو لزوم تنفيذ العقد دون تعديل , الذي ينقسم إلى مطلبين : المطلب الأول : إمكانية تعديل العقد بنص القانون و المطلب الثاني : إمكانية تعديل العقد بالاتفاق .

## المبحث الأول : القوة الملزمة للعقد

إذا كـان العقـد قـد ابـرم بالصـورة الموصـوفة فـي المـادة (87) مـن القـانون المـدني الأردنـي و المادة (89) من القانون المدني المصري , أي نتيجة تبادل طرفي العقد التعبير عن أرادتهمـا بالإيجـاب و القبـول , و تطـابق هـاتين الإرادتـين بتطـابق الإيجـاب الصـادر مـن أحـد المتعاقدين باعتباره إرادة الموجب مع القبول الصادر من المتعاقد الأخر باعتباره إرادة القابل , و مراعاة المتعاقدين لما يقدره القانون من أوضاع معينة لانعقاد العقد , فان العقد يكون "صحيحا بأصله و وصفه أنه صادر من أهله , مضافا إلى محله قابل لحكمه , و له غرض قائم و صحيح و مشروع و أوصافه صحيحة , و لم يقترن به شرط مفسد " . و هذا العقد الصحيح ينفذ فورا و تترتب أثاره بمجرد انعقاده , فلا تتأجل ما لم يكن معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل و ما لم يكن غير نافذ .[1]

فـإذا اسـتكمل العقد كـل هذه المواصـفات و الشـروط فانـه يسـتكمل قوتـه الملزمـة , و يصبح شريعة للمتعاقدين أي قانونا خاصا بهما , و واجب التنفيذ و يلزم عاقديه بكل ما فيه . فيتحتم على كل متعاقد أن يقوم بتنفيذ الالتزامات التي فرضها العقد عليه كما ينفذ الالتزامات المفروضة عليه بموجب القانون , فليس أمام المتعاقد إلا الخضوع لأحكام العقد و شروطه و تنفيذها بحسب النية المشتركة للمتعاقدين في سبيل تحقيق الغاية المشروعة التي توخاها المتعاقدان من العقد . و سواء أكان تنفيذ العقد بإرادة المتعاقد أم بموجب حكم قضائي , فإنه يجب أن يتم بحسن نية بما يتفرع عنه من أصول و التزامات قانونية و أخلاقية ." حيث إن مبدأ

---

([1]) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني , الجزء الأول , ص 180 .

حسن النية هو رائد التنفيذ في كافة العقود , فان حاد المتعاقد عن هذا الطريق تحققت مسئوليته التعاقدية ".[1]

كما أن القوة الملزمة للعقد لا تجيز لأحد المتعاقدين الانفراد بإيقاف أثاره و إنهائه إلا بالاتفاق مع المتعاقد الأخر , فإذا أخل بالتزامه و لم يحترم العقد تقوم مسؤوليته , و ينطبق الأمر ذاته بالنسبة للقاضي فلا يجوز له تعديل العقد إلا في الأحوال التي أجازها المشرع .

و لا يقتصر التزام المتعاقد بتنفيذ العقد بطريق تتفق و حسن النية على ما ورد في العقد , بل يمتد الالتزام بالتنفيذ بحسن نية إلى ما هو من مستلزمات العقد وفقا للقانون و العرف وطبيعة التصرف والعدالة . و إن كان بالإمكان الامتناع عن التنفيذ , فان هذا الامتناع يجب أن يكون مشروعا بان يتخذ صورة الدفع بعدم التنفيذ . مع الأخذ بعين الاعتبار أن تنفيذ العقد يقتضي تفسير العقد إذا ثار حوله نزاع , كما يقتضي تحديد نطاقه .[2]

"إن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ترجع إلى مبدأ سلطان الإرادة , و تبررها مبادئ لها جذور دينية و أخلاقية في ما توجبه من الوفاء بالعقد و العهد , و تبعث عليها اعتبارات اقتصادية تتطلب استقرار المعاملات و التعامل بين الناس . بحيث يبقى العقد خاضعا للقانون الذي يفرض توافق شروط العقد مع الأحكام الآمرة بما فيها الالتزام بحسن النية في تنفيذ العقد ".[3]

و ما يميز هذه الشريعة الخاصة بالمتعاقدين عن القانون العام السائد في المجتمع , أن الالتزامات و الحقوق الناتجة عن العقد تلزم المتعاقدين و تقتصر عليهما ,[4] و لا تلزم غيرهما إلا في حالات معينة استثنائية , بالإضافة إلى ذلك فان المنافع التي تترتب على العقد تعود للعاقدين

(1) طلبه , أنور , المطول في شرح القانون المدني , الجزء الثالث , مرجع سابق , ص 49_ص50 .
(2) المادة (202 , 203) من القانون المدني الأردني .
(3) النقيب , عاطف , نظرية العقد , مرجع سابق , ص 388 .
(4) عامر , حسين , القوة الملزمة , مرجع سابق , ص 14 –ص 17 .

على الأغلب . و في سبيل توضيح ما أشار إليه الباحث , فانه قد قسم هذا المبحث إلى مطلبين : الأول هو لزوم تنفيذ العقد بحسن نية حيث قسم هذا المطلب إلى فرعين الأول لزوم تنفيذ العقد و الفرع الثاني لزوم تنفيذ العقد بطريقة تتفق وحسن النية . أما المطلب الثاني الخاص بتحديد نطاق العقد , فقد قسمه الباحث إلى فرعين الفرع الأول يتناول تفسير العقد و تكملته , و الفرع الثاني يتناول الدفع بعدم التنفيذ .

## المطلب الأول : لزوم تنفيذ العقد بحسن نية

إذا انعقد العقد بالشكل المشار إليه آنفا بحيث استوفى أركانه و شروطه و كان نافذا و لازما فانه يرتب حكمه , و يلتزم الأطراف بالالتزامات المترتبة بموجب العقد أي عليهم أن ينفذوا ما التزموا به طوعا و اختيارا , وليس لأي طرف أن يرجع عن هذا التنفيذ . لكن تنفيذ هذه الالتزامات ليس متروكا لحرية الأطراف , بل هم مقيدون بما تمليه القوة الملزمة للعقد و مبدأ حسن النية من أمانة و استقامة و بدون غش أو تعسف , فلا يقبل أن يلجأ أحد المتعاقدين إلى أفعال من شانها تفويت غاية المتعاقد الأخر من العقد أو جعل تنفيذه اكثر كلفة دون مبرر . و هذا ما سيتم بحثه في هذا المطلب من خلال فرعين : الأول لزوم تنفيذ العقد و الفرع الثاني : الالتزام بحسن النية عند التنفيذ .

### الفرع الأول : لزوم تنفيذ العقد

أوجب المشرع الأردني على المتعاقد تنفيذ الالتزامات التي أنشأها العقد في ذمته , فقد نصت المادة (2/199) من القانون المدني على " أما حقوق العقد فيجب على كل من الطرفين الوفاء بما أوجبه العقد عليه " . و نصت المادة (351) من ذات القانون على أنه يجب الوفاء بالحق متى استوفى شرائط استحقاقه قانونا , فإن تخلف المدين وجب تنفيذه جبرا عليه تنفيذا عينيا أو تعويضيا طبقا لنصوص القانون .[1] فيجب على المتعاقد تنفيذ التزامه طواعية بحيث يفي المدين بما التزم به سواء أكان التزم بقيام بعمل أم امتنع عن عمل أو نقل حق عيني .[2] و إذا لم يقم المتعاقد بتنفيذ التزامه طوعا , جاز للدائن أن يلجأ إلى الطرق التي قررها القانون لتنفيذ

---

([1]) تقابلها المواد (199_203) من القانون المدني المصري و التي تحوي نفس المضمون تقريبا .دون تميز بين حكم العقد و حقوقه , لكنها تقرر انه في حالة عدم قيام المدين بالوفاء مختارا فانه يجبر على الوفاء.

([2]) العدوي , جلال (1992) . أحكام الالتزام , دراسة قانونية في القانون المصري و اللبناني , الإسكندرية , مصر , ص 69 .

الالتزام جبرا على المدين . و الأصل أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه عينا إذا كان ممكنا , أما إذا صار التزامه غير ممكن أو غير مجد , فيلجأ إلى التنفيذ بطريق التعويض .

إن إلزام المتعاقدين بضرورة تنفيذ العقد بمحض ارادتيهما ,(1) أمر تقتضيه القوة الملزمة للعقد و هو التزام قانوني و أخلاقي متفرع عن مبدأ حسن النية . فقد عرف العقد كأداة لتبادل المنافع و ضمان حقوق المتعاقدين , ونظرا لأهمية العقد كأداة لتبادل و ضمان الحقوق, وجب أن يكون له من القوة و الاستقرار ما يكفي لتحقيق هذا الغرض , فبقدر ثبات القوة الملزمة للعقد و الالتزام بما تفرضه يكون ثبات العقد و اطمئنان الناس على حقوقهم و معاملاتهم .و لا يتحقق ذلك إلا بإلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد .

و يستمد العقد قوته الملزمة التي تفرض تنفيذه و بحسن نية , من إرادة المتعاقدين فهما من قبلا به كشريعة خاصة بهما , يخضعان لأحكامها كما يخضعان لأحكام القانون السائد,(2) فيلتزمان بتنفيذه بحسن نية تنفيذا كاملا و غير منقوص . و قد أوجب القانون على القاضي احتراما لإرادة المتعاقدين عندما يطرح عليه نزاع متعلق بالعقد , مراعاة العقد و حمايته كمراعاته للنصوص القانونية , طالما انه لم يتضمن ما يخالف النظام العام و الآداب العامة , و على القاضي إلزام المتعاقد به و بتنفيذه باعتباره القانون الخاص الذي اشترعه المتعاقدان . "فالعقد ليس ملزما للمتعاقدين فقط بل للقاضي" .(3) فقد نصت المادة (241)من القانون المدني الأردني على انه" إذا كان العقد صحيحا فلا يجوز لأحد العاقدين الرجوع فيه , و لا تعديله و لا فسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص في القانون ". و تضمنت المادة (147) من القانون المدني المصري المضمون نفسه فقد نصت على أن "العقد شريعة المتعاقدين , ومنعت نقضه أو

(1) عامر , حسين , القوة الملزمة , مرجع سابق , ص 13 .
(2) عيسى , محمد , مفهوم العقد , مرجع سابق , ص 62 - ص70 .
(3)سليم , عصام , أسس الثقافة القانونية , مرجع سابق , ص 259 .

تعديله إلا بالاتفاق أو للأسباب التي يقررها القانون ". و يتضح من هذه النصوص أن المشرعين الأردني و المصري أرادا أن يكون العقد شريعة ملزمة للمتعاقدين واجبة التنفيذ , فنصا على لزوم تنفيذ العقد و رتبا أحكامه . و قد أكدت محكمة التمييز الأردنية هذا المعنى , بان قررت انه" إذا انعقد العقد فلا يجوز لأحد العاقدين الرجوع فيه , و لا تعديله و لا فسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص القانون . و حيث إن المدعى عليه الأول لم يقدم ما يفيد أن مورث المدعيين قد فسخ عقد الإيجار موضوع الدعوى بشكل قانوني , فان العقد يبقى قائما لحين وفاة المستأجر مورث الطرفين , حيث يؤول بعدها عقد الإيجار لجميع الورثة , و طالما أن المدعيين يتمسكان بحقوقهما التي آلت إليهما في عقد الإيجار فمن حقهما الانتفاع بالمأجور ".[1]

كما يستمد العقد قوته الملزمة من القانون ,[2] فالقانون هو الذي وضع كافة الأحكام المتعلقة بالعقد و اعتبره قانونا خاصا بالمتعاقدين , يرتب حقوقا لكل منهما و التزامات على كل منهما . والقانون كذلك أوجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بطريقة تتفق و حسن النية, و الزم المتعاقدين أيضا بتنفيذه بما ورد فيه و بكل مستلزماته وفقا للقانون و العرف و طبيعة التصرف و العدالة . و القانون هو الذي قصر أثار العقد على المتعاقدين كأصل عام , و أوجب على القاضي تطبيق العقد كشريعة للمتعاقدين و خلع هذه الصفة على العقد , و أعطاه هذا الإلزام و جعله واجب التنفيذ وفق ما تمليه اعتبارات مبدأ حسن النية , و العقد يكون شريعة للمتعاقدين طالما انه في الحدود التي يبيحها القانون و انه غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة . و قد قررت محكمة التمييز الأردنية في هذا الشأن "أن العقود نافذة بحق عاقديها ما لم تكن ممنوعة بقانون أو مخالفة للنظام العام , فإذا تضمن عقد الإيجار شرطا مقتضاه انه إذا

---

([1]) تمييز حقوق , (2002/1695) هيئة عامة , مجلة نقابة المحامين , العدد السابع و الثامن و التاسع , لسنة 2004 , ص 1253 .
([2]) سليم , عصام , مرجع سابق , ص 295 .

تخلف المستأجر عن دفع قسط مستحق من الأجرة في موعده تصبح جميع الأقساط مستحقة فهو شرط نافذ بحق العاقدين ".(1)

و الخلاصة أن تنفيذ العقد هو التزام المتعاقد بما تفرضه القوة الملزمة للعقد , و ذلك بتنفيذ الالتزامات التي رتبها العقد في ذمته و بالكيفية الموصوفة في المواد سالفة الذكر . فالأصل تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه , و بكل ما ورد فيه و بكل مستلزماته وفقا للقانون و العرف و طبيعة التصرف و العدالة . و الأصل انه لا يجوز الرجوع عن العقد أو نقضه أو تعديله إلا بالاتفاق أو التقاضي أو بمقتضى نص القانون . لان العقد وجد لينفذ , و تنفيذه يجب أن يتفق مع ما يوجبه حسن النية و مقتضياته , و هذا ما سيتم بحثه في الفرع الثاني الالتزام بحسن النية عند التنفيذ .

و القانون الإنجليزي شانه شأن القانون الأردني و القانون المصري , يرى أن للعقد قوة ملزمة تفرض تنفيذه بحسب النية المشتركة للمتعاقدين , و أن هذه القوة مستمدة من العقد ذاته . فإذا توافرت للعقد شروطه من إيجاب و قبول و نية لإنشاء علاقة عقدية , مع مراعاة ما يستوجبه القانون من شكل و أهلية و عوض و عدم مخالفته للنظام العام , فانه يكون ملزم للأطراف يجب تنفيذه .(2)

و يفرض القانون الإنجليزي الوفاء بالعقد وفقا لشروطه و بحسب النية المشتركة للمتعاقدين , و إخفاق أحد المتعاقدين بتنفيذ العقد على هذه الصورة , يخول الطرف الأخر طلب فسخ العقد بالإضافة إلى حقه بالتعويض . إذ يجب أن يتم التنفيذ بدقة و وفقا لشروط العقد , و قد قضى القضاء الإنجليزي في قضية (ريمورد و لاندور ) بان التنفيذ لم يتم وفقا لشروط العقد

---

(1) تمييز حقوق , (97/453) هيئة عامة , مجلة نقابة المحامين , العدد السابع و الثامن , لسنة 1997 , ص 3110 .

2) Keenan ; denis , .(1986) . English law , page 185 .

فاجاز للمتعاقد رفض الصفقة كاملة و أن يرفض التنفيذ المعيب , حيث كان هناك عقد بيع عبوات فواكه , و بحسب الاتفاق كان من المفروض أن تسلم الفاكهة و تعبأ في 30 علبة , عند التسليم سلمت 24 علبة و ليس في 30 علبة , بالرغم من أن المقدار صحيح إلا أن العقد لم ينفذ كما اتفق . فكان للمتعاقد رفض الصفقة . و أكد القضاء الإنجليزي أيضا في قضية (لاركوس ) أن التنفيذ يجب أن يكون كاملا بحسب ما اتفق عليه , فعندما تكون الصفقة حول ألواح خشب تستخدم لصنع براميل , واتفق أن يكون سمكها انش , فعند التسليم يجب أن تسلم بحسب شروط العقد أي أن يكون سمكها انش . ما جرى عند التسليم انه تم تسليم ألواح سمكها اقل من انش فرفض المتعاقد التنفيذ المعيب على أساس أنه غير صحيح . فالقانون الإنجليزي يوجب أن يتم التنفيذ بدقة . و إذا كان العقد ينص بوضوح على طريقة معينة للتنفيذ يجب التقيد بها , على أن حق المتعاقد برفض الوفاء من المتعاقد الأخر مشروط بان يكون الإخلال جوهريا , أما إذا كان الإخلال طفيفا فمن غير المعقول أن يرفض المشتري الأداء . و يعتبر عرض المتعاقد للتنفيذ مساويا للتنفيذ الحقيقي , فلا يجوز السماح لاحد المتعاقدين بفسخ العقد بسبب عدم التنفيذ , مع انه نفسه قد رفض العرض بالتنفيذ , ففي هذه الحالة يعتبر العاقد الرافض متنصلا من التزاماته العقدية فيكون للمتعاقد الأخر أن يطالب بالتعويض . و يقصد بعرض التنفيذ عرض البضائع ليستلمها المشتري أو عرض الثمن ليأخذه البائع . و قد ميز القانون الإنجليزي بين العقود الكاملة و العقود المجزأ للتخفيف من حرفية التنفيذ , فالعقد الكامل يجب تنفيذه كاملا دفعة واحدة كأداء الثمن , أما العقد المجزأ ففيه يمكن تجزئة الوفاء , ففي حالة التنفيذ الجزئي يستحق المتعاقد الأخر مقابل الجزء المنفذ .[1]

---

([1]) Richared , paul , (1999) . law of contract , fourth ,page 3_7 .

## الفرع الثاني : الالتزام بحسن النية عند التنفيذ

إن القوة الملزمة للعقد تحتم على كل متعاقد أن يقوم بتنفيذ العقد طائعا و مختارا , و بطريقة تتفق ما يوجبه مبدأ حسن النية , و بشكل يطابق النية المشتركة للمتعاقدين بأمانة و شرف . ومع أن اغلب تطبيقات مبدأ حسن النية تظهر في نطاق الالتزامات العقدية , إلا أن تطبيق هذا المبدأ قد اصبح عاما في تنفيذ الالتزامات كافة أيا كان مصدرها .[1]

و تنفيذ العقد بحسن النية أمر يوجبه القانون الذي جرى في ظله العقد كشريعة خاصة بالمتعاقدين . و يتضح هذا من صيغة المادة (202) التي تناول فيها المشرع الأردني الحض على التزام حسن النية في التنفيذ و التي جاءت بصيغة الوجوب و أدرجها في نص آمر لا تجوز مخالفته , دون أن يقتصر هذا الإلزام على الالتزامات الرئيسية في العقد أو المنصوص عليها صراحة , بل يشمل كل ما ورد في العقد و ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف و طبيعة التصرف .[2] فما دام العقد صحيحا فان المتعاقدان ملزمان بتنفيذ كل اثر متفق عليه فيه , و بل وبتنفيذ كل الآثار التي يفترض المشرع أنهما ارتضيا أن يكون تحديد مضمونها وفقا للقانون و العرف و العدالة .[3]

و المقصود بحسن النية في تنفيذ العقود قصد المتعاقد تحقيق أهداف العقد و مقاصده الحقيقية بأفضل طريقه و على أحسن وجه . بمعنى آخر أن يقوم المتعاقد بتنفيذ التزامه بالكيفية التي تمليها القوة الملزمة للعقد أي بحسب النية المشتركة للمتعاقدين , و بالطريقة التي يتمنى أن تؤدى إليه لو كان في مكان المتعاقد الأخر .

---

(1) منصور , محمد حسين (2000) . أحكام الالتزام , الدار الجامعية , بيروت , لبنان , ص 20 .
(2) تقابلها المادة (148) من القانون المدني المصري .
(3) سليم ,عصام , مرجع سابق , ص 350 .

و بناء عليه يجب على كل متعاقد أن يفي بالتزاماته دون نقص أو تغيير , بل عليه أن ينفذ كل بنود العقد و شروطه . و إذا وجد أن تنفيذ العقد بكل بنوده وشروطه يضر بالمتعاقد الأخر , فمن حسن النية أن يخفف عنه و لا يتمسك بالتنفيذ الحرفي للعقد . كما يجب عليه الإدلاء بالعيوب الحادثة بعد إبرام العقد و قبل تنفيذه , و الإدلاء بالعيوب السابقة للعقد و إلا عد غاشا و سئ النية . و من حسن النية أيضا أن يبصر كل متعاقد الأخر بطريقة استعمال محل العقد , و إذا كان المحل الذي تم التعاقد عليه يستلزم متابعة و أشراف من بائعه أو مؤجره , فمن حسن النية في تنفيذ العقد تحقيق هذه المتابعة بعناية ودون تقاضي اجر عليها . و يكون المتعاقد حسن النية في تنفيذ التزاماته العقدية إذا قام بتنفيذها بأمانة و صدق و إخلاص و تعاون , و ابتعد عن كل ما يؤدي إلى الإضرار بالطرف الأخر , وإلا كان مخلا بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد .([1])

و يوجب مبدأ حسن النية كما سلف على المتعاقد الالتزام بأصول أخلاقية و قانونية في تنفيذ التزامه . فعلى المتعاقد التقيد بمقتضيات حسن النية من إخلاص و أمانة و استقامة , و الإخلال بهذه المقتضيات ينفي حسن النية عن ذلك المتعاقد . ومن ناحية أخرى فانه يوجب تسليم الملحقات الضرورية لمحل العقد , كتسليم الملحقات الضرورية للشيء المبيع , و الملحقات هي ما تلزم الشيء المبيع و تكون نافعة له و لو بقيت عند البائع لكانت عديمة النفع, وكما يفترض تسليم محل العقد سليما خاليا من العيوب فان الملحقات يجب أن تكون غير معيبة و خالية من العيوب .

"و عندما يكون العقد بين محترف له دراية بموضوع التعاقد و بين متعاقد أخر غير محترف , فان حسن النية يفترض من الأول إن كان هو الدائن أن يعلم المدين بكل الظروف و

---

([1]) القوني , عبد الحليم , مرجع سابق , ص 412 .

كل ما يلزم الاطلاع عليه وقت التعاقد و إبان التنفيذ منعا لما عسى أن يتعثر به المدين . كالتزام المستأجر أن يبادر إلى إخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله , كما لو كانت العين تحتاج إلى ترميمات مستعجلة أو انكشف بها عيب أو وقع عليها اغتصاب أو اعتدى أجنبي بالتعرض لها أو بإحداث ضرر ".(1)

و مبدأ حسن النية يسري على تنفيذ كافة العقود , و الالتزام بهذا المبدأ قد يكون إيجابيا و ذلك بان يقوم المتعاقد بكل ما تفرضه القوة الملزمة لتنفيذ العقد بأمانة و ثقة و تعاون و مختارا , بحيث ينفذ ما وجب عليه عينا و بنفسه إن اقتضت طبيعة الالتزام ذلك . و قد يكون الالتزام بحسن النية سلبيا و ذلك بان يمتنع عن فعل كل ما يتعارض مع حسن النية أو ما يعرقل التنفيذ أو يزيد كلفته , فلا يقوم بأي سلوك يتضمن غشا أو تحايلا عند تنفيذ العقد . فيكون من واجب المتعاقد أن يجعل التنفيذ حاصلا بالشكل الطبيعي , فيمتنع عن تعقيده و لا يجعله مستحيلا أو عسيرا .(2)

و من الأمثلة على الالتزام الإيجابي و السلبي بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد , أن على صاحب العمل أن يبذل ما في وسعه لتمكين المقاول من المباشرة في العمل و السير وفق أصوله و مراحل تنفيذه , فيقوم بتنفيذ كافة التزاماته من هذه الناحية . و يقوم في الوقت نفسه بما يفرضه التعامل المتعارف عليه و الجاري في نوع المقاولة محل العقد , و إن لم يكن ذلك مشروطا في العقد . و من ناحية ثانية فان على المتعاقد أن يمتنع عن كل تصرف من شأنه أن يؤخر بدء المقاول في العمل و السير بتنفيذه , فلا يأتي أعمالا من شأنها أن تعرقل ذلك وفقا لمقتضيات الشروط العقدية و الضوابط القانونية , و يلتزم كذلك بما يفرضه عليه التعامل و ما تعارف عليه الناس في ذلك , كما عليه أن يمتنع عن أي تصرف من شأنه أن يؤدي إلى التأخير أو العرقلة

(1) عامر , حسين , القوة الملزمة للعقد , مرجع سابق , ص 44_ ص49.
(2) النقيب , عاطف , نظرية العقد , مرجع سابق , ص 390 .

أو ما هو في حكم ذلك , بحيث تبقى كافة تصرفاته بوجوهها الإيجابية و السلبية ضمن دائرة حسن النية .(1)

فقد أخذت فكرة حسن النية أبعادا جديدة في العصر الحديث , حيث جرى التركيز على الثقة المشروعة في التعامل , و ضرورة التعاون بين المتعاقدين و الالتزام بالنصيحة و التبصر عند التعاقد و التنفيذ , وهذه كلها مظاهر و أوجه جديدة لمبدأ حسن النية كما سلف .(2) و لعل الالتزام بالضمان يعد من أهم تطبيقات تنفيذ العقد بحسن نية , فالبائع مثلا يلتزم بعدم التعرض للمشتري في المبيع و يلتزم أيضا بضمان العيوب الخفية كما يضمن صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة.(3)

ومن مظاهر حسن النية في تنفيذ العقد الأمانة و شرف التعامل ,(4) و هو ما يفرض على المتعاقد الحفاظ على الأسرار العقدية مثلا ,(5) كالتزام العامل بعدم إفشاء أسرار العمل, و إخطار المتعاقد الأخر بأية معلومات تهمه , كالتزام العامل بإخبار صاحب العمل عن أي تلف يصيب أدوات العمل . و واجب الأمانة يفرض على المتعاقد عدم اللجوء إلى الغش في تنفيذه لالتزامه , ذلك أن حسن النية يقتضي انتفاء نية الإضرار و الغش أو ارتكاب خطأ جسيم أو أي إهمال في جانبه , كما لو قام الدائن بأفعال من شأنها تفويت مقصود المدين من العقد , أو يجعل تنفيذ المدين لالتزامه مكلفا دون مبرر . فمن يستأجر عامل مياومة لعمل معين , فان مبدأ حسن النية يفرض على ذلك العامل أن لا يتباطأ في العمل بغية إطالة مدته لأخذ أجرة أزيد .(6) و ينطبق ذات الحكم بالنسبة لسائق التاكسي الذي يختار طريقا أطول من المعتادة لإيصال زبونه ,

(1) المومني , احمد سعيد , التزامات صاحب العمل و انقضاء المقاولة , مرجع سابق , ص 27.
(2) عبد الرحمن , حمدي (1999) . الوسيط في النظرية العامة للالتزامات , الكتاب الأول , الإرادة المنفردة , دار النهضة العربية , مصر القاهرة , ص 470 .
(3) منصور , محمد حسين , مصادر الالتزام , مرجع سابق , ص 346 .
(4) السنهوري , الوسيط , مرجع سابق ,ص 700 .
(5) عبد العال , ميرفت , عقد المشورة , مرجع سابق , 204 .
(6) الزرقا , مصطفي احمد , شرح القانون المدني السوري , مرجع سابق , ص 329 .

و كذلك الحال بالنسبة للكهربائي فيلزمه مبدأ حسن النية أن لا يقوم بالتمديدات الكهربائية المتفق عليها , بشكل يحمل الدائن تكاليف و أعباء غير معتادة في مثل عمله , و إلا قامت مسؤوليته عن الضرر .

و التزام المتعاقد بما يوجبه مبدأ حسن النية يمنعه من المماطلة و عدم الجدية في تنفيذ التزامه , و إن فعل فانه يضلل المتعاقد الأخر و يكلفه خسائر ليست في حسبانه , كما لو وضع المؤجر عوائق أمام انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة , أو تأخر في تمكينه من الانتفاع بها بقصد إلحاق الضرر به . و كما يوجب مبدأ حسن النية على الشريك في الشركة أن يمتنع عن أي عمل أو نشاط , يلحق الضرر بالشركة أو يخالف الغرض الذي أنشئت من اجله , و يعتبر من سوء النية أن يقوم من أنيب بإدارة الشركة أو عين مديرا لها , أن يعزل نفسه أو يستقيل في وقت يلحق ضررا بالشركة .(1) و هذا ما يقيم مسؤولية المتعاقد عن استقالته أو عزله لنفسه , حيث أن الاستقالة أو العزل يدل على قصده إلحاق الضرر في مثل هذا الوقت . و كذلك الحال فان واجب الأمانة يفرض على المتعاقد أن لا ينهي العقد بوقت قد يلحق فيه ضرر بالمتعاقد الأخر , كإنهاء المتعاقد في عقد المضاربة العقد في وقت غير مناسب مسببا بذلك ضررا للمتعاقد الأخر , و في مثل هذه الأحوال تقوم مسؤوليته بالتعويض .(2)

"كما يجب على الدائن استنادا لمبدأ حسن النية الامتناع عن كل ما من شانه أن يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا أو مستحيلا بالنسبة للمدين , كتعمد تحميله مصروفات غير ضرورية أو نفقات مالية ضخمة لا تتناسب مع الفوائد المرجوة من العقد . مثال ذلك تراخي المشتري و تقاعسه عن استلام البضاعة بقصد تكبيد البائع مخاطر و نفقات تخزينها و صيانتها , و يتم

---

(1) المادة (595) من القانون المدني الأردني , تقابلها المادة(521) من القانون المدني المصري .
(2) المادة (632) من القانون المدني الأردني .

تقدير تنفيذ الالتزام بالأمانة وفقا لسلوك الرجل المعتاد في ضوء الظروف القائمة عند التنفيذ و الهدف المقصود من العقد ".[1]

و من مظاهر حسن النية في تنفيذ العقود التزام المتعاقدين بالتعاون أثناء تنفيذ العقد ,[2] فالعقد و القانون يحتمان على كل متعاقد أن يتعاون مع الأخر من اجل تحقيق غاياتهم المشروعة من العقد , بان يمكن كل منهما الأخر من تنفيذ التزاماته و أن لا يكون عائقا أمامه.

ومن تطبيقات التزام التعاون بين طرفي العقد ," ما يلتزم به المتعاقد قبل المتعاقد الأخر من التنبيه و التحذير في بعض صور التعاقد , من فرض القضاء على عاتق كل محترف في كل مجال أن يحذر العميل من المخاطر الناجمة عن العقد , و الالتزام بالتحذير يتضمن تقديم المعلومات مع لفت انتباه المتعاقد الآخر إلى مخاطر موضوع العقد , فهو التزام بأكثر من مجرد الإخبار" .[3] " كما في التعاقد على المواد الخطرة في ذاتها أو الخطرة في طريقة استعمالها , و كواجب المهندس أو المقاول بعدم تنفيذ منشأه فوق تربة لا تصلح ".[4] حيث يفترض في المتعاقد أن يفضي للأخر بجميع البيانات اللازمة لتنفيذ العقد , و أن يطلع الأخر على ما يستجد من ظروف و حوادث في أثناء تنفيذ العقد . كالتزام مشتري السيارة التي ضمن البائع صلاحيتها لمدة معينة بان يبادر إلى إخطار البائع بعدم صلاحيتها و بأي خلل يحصل فيها منعا من تفاقم الخطر ,[5] ومن حسن النية أيضا إخطار المؤمن له المؤمن بالمستجدات التي من شأنها زيادة احتمالية وقوع الخطر بتقديم معلومات صحيحة .

و واجب التعاون في التنفيذ يفرض على المصدر تزويد المستورد بالمستندات اللازمة لإنهاء الإجراءات الجمركية عند وصول البضاعة , و بالتعليمات الواجبة الاتباع للحفاظ عليها و

---

(1) منصور , محمد حسين , مصادر الالتزام , مرجع سابق , ص 347 .
(2)سليم , عصام , مرجع سابق , ص 359 .
(3) عبد العال , ميرفت , مرجع سابق , ص 213 _ص 214 .
(4) منصور , محمد حسين , مصادر الالتزام , مرجع سابق , ص 347 .
(5) السرحان , مصادر الالتزام , مرجع سابق , ص 244 .

تخزينها . كما يجب على المؤمن أن يخطر شركة التامين بالحوادث التي تزيد من الخطر المؤمن منه , و التي تقتضي دفع قسط اكبر مقابل تحمل الشركة تبعة هذه الأخطار , كما على المستأجر إخطار المؤجر بأي اعتداء يقع على العقار وبأي تصدع يتعرض له .[1] و في عقد التامين يلزم واجب التعاون المؤمن له أن يخطر المؤمن بما يقع من حوادث أثناء سريان العقد , وان يبذل ما في وسعه للتخفيف من الضرر المؤمن عليه إذا وقع . و يقضي واجب التعاون أيضا على الناشر أن يعلم المؤلف عما تم في بيع كتابه .[2]

و المقصود بواجب التعاون بين المتعاقدين في تنفيذ العقد كمظهر من مظاهر حسن النية , أن يلتزم المتعاقد بالإسهام أو التدخل بفعالية في العقد بهدف تسهيل مهمة الطرف الأخر .[3] أي اشتراك المتعاقدين في تنفيذ النية المشتركة لهما , بما يحقق مصلحة و غاية كل متعاقد من العقد . كالتزام العامل بأداء عمله بطريقة تساهم في تحقيق الأرباح بان يؤدي عمله بكل أمانة , بالإضافة إلى كل ما يعتبر من توابع العمل حتى لو لم ينص عليه العقد . و كالتزام المتعاقد بعدم التمسك بتنفيذ العقد حرفيا بشكل يضر بالمتعاقد الأخر ," ذلك أن مبدأ حسن النية يوجب التسامح و التيسير على المتعاقد إذا لم يكن في هذا التيسير ما يلحق ضررا بذلك المتعاقد . و لا شك أن هذا التعاون المنشود في العقد يخفي في حقيقته تعارض في المصالح , بمعنى أن كل متعاقد يسعى للوصول إلى مصلحته الفردية و يقتنص كل مناسبة لتحقيق مصلحته , و تعارض المصالح يكون مجاله أوسع عند التنفيذ , إلا أن التوصل إلى اتفاق بين الطرفين يفيد حصول التفاهم بينهما و هذا التفاهم و التقيد بحسن النية يوصل كل متعاقد إلى مصلحته ,

---

(1) منصور , محمد حسين , مصادر الالتزام , مرجع سابق , ص 347 .
(2) السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ,مرجع سابق , ص 702 .
(3) الرفاعي , احمد , الالتزام بالتسامح , مرجع سابق , ص 15 .

والتعاون هو أساس حسن التنفيذ المنشود لتحقيق ما تم الاتفاق عليه" .[1] ذلك أن التزام المتعاقد بما يفرضه حسن النية من التزامات يوصل كل متعاقد إلى غايته دون منازعات.

كما تعتبر الثقة من مظاهر حسن النية في تنفيذ العقد , إذ يجب أن يكون كل متعاقد على قدر من الطهر و الشرف , الأمر الذي يجعل كل متعاقد يثق بالمتعاقد الأخر و يأمن بوائقه , بحيث يترفع كل متعاقد عن الغش و الكتمان و التحايل و تقديم بيانات غير صحيحة و غيرها من مظاهر سوء النية . و تأخذ الثقة في بعض العقود طابعا خاصا كعقد الوكالة , حيث لا يقدم الموكل على توكيل من لا يثق به , و الثقة مفترضة بين المتعاقدين و هي انعكاس للالتزام الأفراد بحسن النية عند التنفيذ . مما يوجب على الدائن أن يبذل جهده للتقليل من حجم الضرر الذي يلحق به نتيجة عدم التنفيذ أو التأخر فيه .[2] كما تفرض الثقة على المتعاقد أن يراعي في تنفيذ العقد الأصول الفنية و المهنية , كالمقاول في عقد المقاولة عليه مراعاة الأصول المهنية والفنية في عمله , فيبذل العناية الكافية للحفاظ على مادة العمل إذا كانت مقدمة من رب العمل , وإذا كانت مقدمة من المقاول فلا يقبل منه الزيادة في النفقات من خلال حصوله على مواد غالية الثمن , بقصد إلحاق الضرر بـرب العمل وزيادة كلفة عمله, و إذا فعل فانه يكون قد أخل بحسن النية الأمر الذي يقيم مسؤوليته.[3]

و ارتكاب المتعاقد لخطأ جسيم ناهيك عن ارتكابه للخطأ العمد في تنفيذه التزامه يتعارض و الثقة المفترضة و يقيم مسؤوليته , فارتكاب الوكيل خطا جسيما في تنفيذ عقد الوكالة , أمر يخل بالثقة الممنوحة له من موكله و يتعارض مع حسن النية . و قد قضت محكمة التمييز الأردنية بان" قيام المحامي الوكيل بإسقاط حق موكله في القضية الجزائية و موضوعها

---

(1) منصور , محمد حسين , مصادر الالتزام , مرجع سابق , ص 348 .
(2) عبد الرحمن , حمدي , الوسيط , مرجع سابق , ص 475 _ ص476 .
(3) المادة (783) من القانون المدني الأردني ,تقابلها المادة (649) من القانون المدني المصري .

شيك بدون رصيد , و ذلك دون مقابل أو عوض أو التزام القي على المشتكى عليه ساحب الشيك , يشكل خطا كافيا لتحقيق مسؤوليته العقدية , و من ثم مسؤوليته عن تعويض موكله عما أصابه من ضرر ".(1)

و حسن النية يقتضي من المتعاقد أيضا أن يبدي في تنفيذه لالتزامه تسامحا تجاه المتعاقد الأخر , فمن المسلم به أن من حق الدائن أن يطلب التنفيذ الكامل للعقد و لكن يجب على الدائن إلا ينظر لمصالحه فقط بطلب التنفيذ الكامل و الدقيق للعقد , و إنما يجب عليه أن يراعي مصالح المدين أيضا بمعنى أن يكون الدائن متسامحا مع المدين , ويتجلى عدم تسامح الدائن مع مدينه عندما يدعي أو يثير عدم التنفيذ مهما كان قدره ضئيلا حتى يتخلص من التزاماته , و يضحي بمصالح مدينه . ومن اجل ذلك نادى الفقه و القضاء بضرورة أن يظهر الدائن قدرا من التسامح إزاء مدينه المخفق أو العاجز عن التنفيذ الكامل لالتزاماته , بإظهار حد أدنى من التضامن استجابة لواجب الأمانة وتدعيما للثقة الواجب توافرها في العلاقات العقدية , يتمثل بعدم جني مصلحة أنانية من العقد و عدم التضحية بمصالح المتعاقد معه .(2) كما انه ليس من حسن النية إصرار الدائن على أن يقوم المدين بالتنفيذ العيني إذا كان ممكنا مع علمه بان هذا التنفيذ يرهق المدين , مع أن اللجوء إلى التعويض لا يلحق ضررا جسيما بالدائن . فالدائن في هذه الحالة يعتبر متعسفا باستعمال الحق , وهذا التعسف دليل على سوء نيته , فالقانون لا يقر الحق لصاحبه إلا لتحقيق مصلحة مشروعة , و لا يجوز أن يتخذ هذا الحق وسيلة للإضرار بالغير .

(1) تمييز حقوق 2002/2861 مجلة نقابة المحامين , العدد السابع و الثامن و التاسع , لسنة 2001 , ص 1526 .
(2) الرفاعي , احمد , الالتزام بالتسامح , مرجع سابق , ص 83 .

و العقد باعتباره وسيلة لتبادل المنافع ,(1) يرتب التزامات متبادلة على المتعاقدين في سبيل تحقيق غاياتهم المشروعة من العقد , و لتحقيق الغاية و المقصود من العقد لا بد من تنفيذه و تنفيذه بطريقة حسنة , فلا يقبل من المتعاقد عدم التنفيذ أو التنفيذ الناقص أو المعيب . لذلك أوجب المشرع الأردني و المشرع المصري على كل متعاقد أن ينفذ التزاماته وفق ما يوجبه مبدأ حسن النية , فليس من المقبول أن يحقق أحدهما مصلحته دون الأخر أو أن يحققها بصورة معيبة أو ناقصة , بل يجب أن يحقق كل منهما غايته بشكل كامل و غير ناقص , و هذا لا يكون إلا بالالتزام بحسن النية عند التنفيذ , و التنفيذ لا يكون صحيحا إلا بالالتزام بهذا المبدأ و الإخلال به يوجب مسؤولية المتعاقد المخل , كان هذا موقف المشرع الأردني و المصري .

أما موقف القانون الإنجليزي من الالتزام بحسن النية عند التنفيذ , فانه يظهر من خلال إلزامه المتعاقد بتنفيذ الالتزامات التي ترتبت في ذمته بموجب العقد القانوني و غير المخالف للنظام العام , سواء المتعاقد تجاه الأخر أو تجاه شخص أخر .(2) و قد قضى القضاء الإنجليزي بان الإخلال بتنفيذ شروط العقد من قبل أحد الأطراف , يخول المتعاقد الأخر الحق بالمطالبة بالتعويض عن الضرر أو إبطال العقد .(3) و لا يقبل من الغير أن يحرض أحد المتعاقدين على الإخلال بالتزامه , حيث تقوم مسؤوليته التقصيرية في حال قام بهذا العمل أو استخدم وسائل مباشرة أو غير مباشرة لمنع أحد المتعاقدين من تنفيذ التزامه .(4)

كما اعتبر القضاء الإنجليزي أن قيام المتعاقد بتنفيذ معظم التزاماته , انه قد قام بتنفيذ ما التزم به بشكل جوهري رغم وجود عيوب صغيرة في التنفيذ . و يعتبر في هذه الحالة قد نفذ

(1) عامر , حسين , القوة الملزمة , مرجع سابق , ص 13 .

(2) Mckendrick , Ewan , . (1990) . Contract law , Mac millan ,Masters , London , England , page 61 .

(3) Richards , paul , H , .(1999) . Law of contarct , Fourth edition , Pitman publishing , London , England , page 267 .

(4)Mckendrick , Ewan , Contact law , page 91 .

التزامه بعد معادلة النواقص في التنفيذ من المقابل الذي التزم به المتعاقد الأخر.[1] و هذا ما يعبر عنه بنظرية التنفيذ الكافي , الذي يتمثل عمل القاضي بموجبها في التقدير ليس لعدم التنفيذ و إنما في التقدير لكل حالة على حدة فيما إذا كان التنفيذ يكفي في ذاته بالنظر لمجموع الالتزامات المشترطة بالرغم من عدم كماله .[2] و قد أوجب القانون الإنجليزي على أطراف العقد مراعاة مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد , و اللعب بنظافة دون غش أو خداع , حيث أن مبدأ حسن النية يفرض على المتعاقد اتخاذ الخطوات اللازمة و اللازمة و التعاون مع المتعاقد الأخر من اجل تحقيق الأهداف و الغايات التي قصداها من إبرام العقد .[3] و قد أكد هذا التوجه (Steyn) حين قال إن القانون العرفي يبدي اهتماما كبيرا بمبدأ حسن النية و نزاهة التعامل في مجال العقود و تنفيذها .[4] حتى أن هناك عقودا في القانون الإنجليزي تتطلب درجة قصوى من حسن النية و النزاهة مثل عقد التامين , إذ يجب على المتعاقد في عقد التامين أن ينفذ التزاماته بحسن نية , و إذا لم يتقيد أحد المتعاقدين بحسن النية يكون للمتعاقد الأخر الحق بطلب فسخ العقد , و حسن النية في هذا السياق يشتمل على واجب الأمانة و النزاهة و العقلانية .[5] و بهذا يتضح تشابه موقف القانون الأردني و المصري من القانون الإنجليزي من وجوب التزام حسن النية في التنفيذ و التقيد بمقتضياتها . و في المطلب التالي يبين الباحث موقف كل قانون من تحديد نطاق العقد و أثر حسن النية في ذلك .

---

([1]) Richards , paul , H , Law of contarct , page 2

([2]) الرفاعي , احمد , الالتزام بالتسامح , مرجع سابق , ص 27 .

([3]) Beatson , Jack , .(1997) . Good faith and Fault in Contact law , Clarendon press , Oxford , Great Britain , page 160 .

([4]) Beatson , Jack , Good faith , page1
7

([5]) O,connor , J , F , . (1990) . Good faith in English law , Dartmouth , Great Britain , page 45 .

## المطلب الثاني : تحديد نطاق العقد

الفقرة الثانية من المادة (202) من القانون المدني الأردني و التي تطابقت حرفيا مع المادة (148) من القانون المدني المصري , بينت المقصود بمضمون العقد و حددت نطاقه فهو لا يقتصر على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه , و لكن يلزمهم أيضا بما هو من مستلزماته وفقا للقانون و العرف و طبيعة التصرف و العدالة .[1] و سواء أذكرت هذه المستلزمات في العقد أم لم تذكر فهي بحكم الداخلة فيه و الواقعة في نطاقه و مضمونه , لان إرادة المتعاقدين قد انصرفت لها و اتجهت إليها . حيث إن الأساس في تحديد مضمون العقد و أثاره هو النية المشتركة للمتعاقدين , و التي يمكن استخلاصها من شروط العقد و عباراته بشكل مباشر إذا كانت عبارات العقد واضحة الدلالة , و بشكل غير مباشر عن طريق تفسيرها إذا كانت عبارات العقد غامضة . و يتم التفسير بالاستعانة بالمعايير التي وضعها المشرعان الأردني و المصري و هي القانون و العرف وطبيعة التصرف و العدالة . و يتناول الباحث في هذا المطلب تحديد نطاق العقد و اثر حسن النية في ذلك , من خلال فرعين الفرع الأول : تفسير العقد و تكملته و الفرع الثاني : الدفع بعدم التنفيذ .

---

(1) وردت كلمة العدالة في الفقرة الثانية من المادة (148) من القانون المدني المصري و لم ترد في المادة (202) من القانون الأردني .

## الفرع الأول : تفسير العقد و تكملته

قد يحتاج العقد إلى تفسير و إلى استكمال بعض النواقص في شروطه , فقد لا يقتصر العقد على ما ورد فيه فيكون ما ورد فيه عاجزا عن تحقيق كامل الغاية من العقد , عندها سيحتاج العقد إلى استكمال و تنفيذ ما لم يذكر فيه و لكنه من مستلزماته بحسب القانون أو العرف أو طبيعة التصرف أو العدالة . إذا اتجهت إرادة المتعاقدان و نيتهما المشتركة إلى هذه الأمور عند إبرام العقد , فإذا كان قصد المتعاقدان بيع المبيع و كل ما هو من مستلزماته و قصدهما أن الثمن مقابل للمبيع و مستلزماته , لكنهما اغفلا ذكر هذه المستلزمات , فان القانون يساعدهما و يعمل إرادتيهما فيوسع نطاق العقد ليشمل كل ما هو من مستلزمات العقد . و هذا ما يعرف بتكملة العقد , فتنفيذ العقد يعني تنفيذ ما ورد في العقد و كامل مستلزماته , فكأن استكمال العقد ضرورة من ضرورات تنفيذ العقد بحسن نية . وعندما تكون عبارات العقد غامضة فان من ضرورات تنفيذه بحسن نية تفسيره , للبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين . و قد رسم القانون طريقة تفسير العقد و إكماله , وسيرد توضيح ذلك في البندين التاليين .

**أولا : تفسير العقد :**

قد يظهر في أثناء تنفيذ العقد الصحيح ما يدعو إلى تفسيره للوصول إلى الإرادة الحقيقية المشتركة للمتعاقدين . والمقصود بتفسير العقد هو" تبيين و إيضاح ما غمض فيه , وتحديد مؤدى التعبير عن الإرادة و مرمى ما استخدم في ذلك التعبير من ألفاظ ".[1] و يتصل بتفسير العقد تعيين طبيعة العملية القانونية المقصودة , وهذا ما يسمى بتكييف العقد وهو من عمل القاضي , بمعنى أن على القاضي الكشف عن الإرادة المشتركة لتحديد الوصف القانوني

---

([1]) الشورابي , عبد الحميد , مرجع سابق , ص 46 .

للعقد , حيث يتوقف على تحديد هذا الوصف بيان القواعد القانونية التي تحكم التعاقد .[1] و قد قضت محكمة التمييز الأردنية بان" تكييف العقد من قبل الخصوم لا يقيد المحكمة , و لا يمنعها من فهم الدعوى على حقيقتها و إعطائها التكييف الصحيح" . [2]

و قد تناول المشرع الأردني تفسير العقد في المواد (213_240) من القانون المدني الأردني , "إذ أن أول ما يعرض للقاضي في شأن العقد هو التفسير إذا كان بحاجة إلى تفسير, و يقصد بتفسير العقد استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين" .[3] و قد أكد المشرع الأردني هذا المعنى في المادة (213) من القانون المدني حين ربط بين تفسير العقد و رضا الطرفين و ما اتفقا عليه . و حيث إن تنفيذ العقد و تفسيره قد يثير خلافات بين المتعاقدين , فقد أوكل المشرع الأردني و المشرع المصري تفسير العقد إلى القاضي باعتباره طرفا محايدا , و زوده بالقواعد اللازمة ليتمكن من أداء مهمته .

و بالرغم من أن المشرع الأردني و المصري لم ينصا صراحة على أن العقد يجب أن يفسر وفقا لمقتضيات مبدأ حسن النية , إلا أن تفسير العقد يجب أن يتم بحسن نية . حيث أن تفسير العقد يعتبر جزءا من عملية تنفيذ العقد لذلك فانه يخضع لقواعد تنفيذ العقد بما فيها وجوب تنفيذه وفق ما يقتضيه مبدأ حسن النية , ذلك أن عملية التفسير مشمولة بنص المادة (202) من القانون المدني الأردني , و المادة (148) من القانون المدني المصري , واللتين أوجبتا تنفيذ العقد بطريقة تتفق وحسن النية . و حيث إن عمليتي التفسير و التنفيذ متكاملتان , وحيث إن مبدأ حسن النية من الشمولية بحيث لا يقتصر على جزء دون أخر من مرحلة تنفيذ العقد , فان عملية التفسير مشمولة أيضا بالنص السابق و يجب أن تتم وفق ما يوجبه مبدأ حسن النية . فلا

---

([1]) سلطان , أنور (1983) . مصادر الالتزام , الموجز في النظرية العامة للالتزام , دراسة مقارنة بين القانونين المصري و اللبناني , دار النهضة العربية , بيروت , لبنان , ص 222.

([2]) تمييز حقوق 96/469 مجلة نقابة المحامين , العدد السابع و الثامن , لسنة 1997 , ص 2679 .

([3]) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني , الجزء الأول , ص 254 .

يقبل من أحد المتعاقدين الغش أو الخداع بقصد التضليل و تغير النية المشتركة للمتعاقدين و الحيلولة بين القاضي و النية الحقيقية للمتعاقدين . بالإضافة إلى نص المادة (2/239) من القانون الأردني التي أوجبت" تفسير العقد وفقا لواجب الثقة و الأمانة الواجب توافره بين المتعاقدين ", و هذا ما يتضمن حث على الالتزام بمبدأ حسن النية إذ إن الثقة و الأمانة من مقتضيات حسن النية .[1]

و كما سلف فان مبدأ حسن النية و ما يتفرع عنه من مظاهر و التزامات إيجابية كالأمانة و الصدق و النزاهة و شرف التعامل يعتبر مبدأ أساسيا في تنفيذ العقود . و هو يوجب الالتزام بهذه المعاني وقت تفسير العقد , حيث أن العقد قد يتضمن عبارات غامضة أو متعارضة تستدعي تفسيرها و تحديد مؤداها , فيكون على القاضي أن يتدخل لتفسير هذه العبارات بما يتفق مع النية المشتركة للمتعاقدين , والقاضي في ذلك يستبعد كل ما يتعارض مع مبدأ حسن النية في تفسيره لشروط العقد , كمحاولة متعاقد أن يضلل القاضي لتفسير شرط من الشروط لصالحه على خلاف ما اتفق عليه , حيث إن الالتزام بحسن النية من قبل كلا المتعاقدين والتزام القاضي بإعمال هذا المبدأ , يؤدي إلى حسن تطبيق القانون و حصول كل متعاقد على مقصودة . لان" تفسير الاتفاقيات هو دائما عمل تميز و خبره و عقل سليم و حسن نية ".[2]

و من قبيل الالتزام بحسن النية في تفسير العقود , أن المتعاقد الذي وجه إليه إيجاب تضمن خطأ أو غموض في الصياغة و كان على علم بذلك أو كان باستطاعته أن يتبينه , فان الأمانة و حسن النية تقتضي ألا يستغل المتعاقد الأخر هذا الخطأ أو الإبهام .[3] و أن يسعى

---

([1])تقابلها المادة (150) من القانون المدني المصري .
([2]) غستان , جاك (2000) . المطول في القانون المدني , مفاعيل العقد و آثاره , الطبعة الأولى , المؤسسة الجامعية , بيروت , لبنان , ص 19 .
([3]) حمدي , عبد الرحمن , الوسيط , مرجع سابق , ص 469 _ ص471 .

إلى الفهم الصحيح ,(1) إذ ليس من حسن النية أن يستغل المتعاقد سوء التعبير الذي وقع فيه المتعاقد الأخر , عندما عبر عن إرادته إذا كان قد فهم ما قصده المتعاقد الأول فعلا . و التعبير وفق مبدأ حسن النية يعني أن يجري وفقا للعادي و المألوف بين الناس , ذلك أن المتعاقد حين يعبر عن إرادته فانه يهدف أن تفهم وفق معناها العادي و ترتب أثارها الشائعة بين الناس . و لكن قد يحدث أن يتفق المتعاقدان على معنى خاص مغاير للمعنى الشائع , عندئذ يجب إعمال مبدأ حسن النية بان يؤخذ بإرادة الطرفين و احترام ما نصا عليه في العقد .(2) و إذا ظهر تناقض بين شروط العقد اخذ بما يتفق و النية المشتركة للمتعاقدين , و تقدم الشروط الأخيرة أو اللاحقة على الشروط السابقة التي تتعارض معها . و قد استقر اجتهاد محكمة التمييز الأردنية على هذا التوجه , حين قررت" أن العبرة في تفسير العقود عند تعارض الشروط في عبارات العقد , تكون بالعبارات اللاحقة لأنها التعبير النهائي عن إرادة المتعاقدين ".(3)

و القاضي في تفسيره للعقد يسعى للوصول إلى ما ارتضى به الطرفان , و يفسره تفسيرا متكاملا فلا يهمل جزء بتبني جزء أخر و إلا كان حكمه عرضه للنقض , و يستمد القاضي عناصر التفسير مما هو ثابت في محاضر الدعوى . و قد يجد القاضي عبارات العقد واضحة تدل على معنى محدد , أو يجدها غير واضحة لا تدل على معنى محدد , وقد يثار شك حول إرادة المتعاقدين , لذلك وضع المشرع في الأردن و مصر لكل حالة من الحالات السابقة قاعدة تفسيرية تنطبق عند تحقق شروط انطباقها .

وقد خصص المشرع الأردني المادة (239) في الفقرة الأولى منها لبيان الحكم "عندما تكون عبارة العقد واضحة , بأنه لا يجوز الانحراف عنها بتفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين

---

(1) حنبلي , مرجع سابق , ص 16 .
(2) فودة , عبد الحكم ( 2002) . تفسير العقد في القانون المدني المصري و المقارن , منشأة دار المعارف , الإسكندرية , مصر , ص 240 .
(3) تمييز حقوق 2004/4420 هيئة عامة , مجلة نقابة المحامين , العدد تموز و أب و أيلول , لسنة 2005 , ص 1345 .

", و في الفقرة الثانية لبيان الحكم"عندما لا تكون عبارة العقد واضحة الدلالة فتكون العبارة محلا للتفسير , من خلال البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ , مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل و ما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات ". و ختم المشرع الأردني الأحكام المتعلقة بتفسير العقود بالمادة (240) حيث بينت الفقرة الأولى منها "أن الشك يفسر لمصلحة المدين , و قررت الفقرة الثانية منها أن العبارات الغامضة في عقود الإذعان لا يجوز أن يكون تفسيرها ضارا بمصلحة الطرف المذعن ".[1]

**_ حالة وضوح عبارة العقد :**

فقد عالجت المادة (1/239) من القانون المدني الأردني حالة وضوح عبارة العقد فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين .[2] فالقاضي وفقا لهذا النص يلتزم بتطبيق المعنى الظاهر لعبارة العقد إذا كانت واضحة الدلالة و تتطابق مع إرادة المتعاقدين , فلا يجوز للقاضي أن ينحرف عن المعنى الظاهر للعبارة بحجة تفسيرها . كما انه لا يقبل من أحد المتعاقدين أن يدعي أنه قصد معنى آخر غير المعنى الظاهر والواضح من العبارة , أو يدعي متعاقد أنه قصد من عبارته تلك , معنى آخر غير المعنى الواضح لها , حيث يفهم من محاولته هذه سوء نيته , و واجب القاضي هنا هو رد سعي المتعاقد سئ النية عليه , بأن يحمل العبارة على معناها الواضح و الظاهر ضمانا لاستقرار المعاملات , و التزاما منه بمبدأ حسن النية .

و من حسن النية في تفسير العقود و تنفيذها أن يكون المخاطب أمينا في تحصيله لمعنى التعبيرات التي يوجهها المعبر إليه , و لا يتصيد الأخطاء التي يقع فيها المعبر ليجني من

---

([1]) تقابلها المادة (151) من القانون المدني المصري .
([2]) تقابلها المادة(150) من القانون المدني المصري .

وراء ذلك منفعة لا حق له فيها , و هناك في المقابل واجب على المعبر أن يدخل في اعتباره أن المخاطب سيأخذ تعبيراته بمعناها الظاهر بحسب ما أتيح أمامه من ظروف , فيثق في أن ظاهرها يمثل الإرادة الحقيقية للمعبر , و من ثم يكون على الأخير أن يبتعد عن أن تكون له ارادتان , إحداهما ظاهرة ينخدع بها المخاطب , و الأخرى باطنة يستحوذ عليها و يتمسك بها , و هو ما يتنافى مع مقتضيات حسن النية .[1] و قد قضت محكمة التمييز الأردنية بان" على المحكمة أن تأخذ بالمعنى الظاهر إذا كانت عبارة العقد واضحة الدلالة , فقضت بأنه إذا كانت العبارات الواردة في الكمبيالة واضحة الدلالة على ما قصدته الإرادة المشتركة للساحب و المسحوب له فلا محل لتفسيرها ".[2]

ولكن عبارة العقد قد تكون واضحة لكنها لا تعبر عن إرادة المتعاقدين , حيث يشوب مدلولها غموض أو أن يتضح من ظروف العقد أن العبارة لا تدل على المعنى الظاهر , عندها يأخذ القاضي بما قصده الأطراف حقيقة . كما لو ذكر في عقد البيع أن الثمن (100) دينار ثم ذكر في مكان أخر منه أن الثمن (200) دينار , فعبارة العقد في مثل هذه الأحوال تحتاج إلى تفسير للوصول إلى الإرادة الحقيقية للمتعاقدين . و يلاحظ أن القاضي إذا اخذ بالمعنى الظاهر لعبارة العقد الواضحة الدلالة , فان تفسيره لا يحتاج إلى تسبيب لأنه اخذ بالأصل الذي الزمه به القانون . أما إذا خرج عن المعنى الظاهر فعليه تسبيب خروجه عن الأصل تسبيبا سائغا , وهي أسباب لا بد أن تستند إلى إرادة المتعاقدين الحقيقية , و يخضع القاضي في ذلك لرقابة محكمة التمييز و في تمييزه بين العبارات الواضحة و العبارات غير الواضحة [3] .

**_ حالة غموض عبارة العقد :**

---

([1]) فودة , عبد الحكم , تفسير العقد , مرجع سلبق , ص 283 .
([2]) تمييز حقوق 96/492 مجلة نقابة المحامين , العدد العاشر و الحادي عشر , لسنة 1996 , ص 2874 .
([3]) السرحان , عدنان و خاطر , نوري , مصادر الحقوق الشخصية , مرجع سابق , ص 250_ ص251 .

أما إذا كانت عبارة العقد غير واضحة الدلالة أي غامضة لا تدل على معنى محدد , و يكتنفها الالتباس و الغموض فان القاضي يزيل هذا الالتباس و الغموض عن طريق التفسير بالتحقق من الإرادة المشتركة للمتعاقدين التي تلاقى عليها الطرفان , فلا يكتفي بإرادة أحد العاقدين و لا بالنص الحرفي الذي لا يكشف في مبناه تلك الإرادة . و قد عالج المشرع الأردني هذه الحالة في المادة (2/239) من القانون المدني , و التي نصت على انه " أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ , مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل و بما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات ".[1] ففي هذه الحالة يفترض أن عبارة العقد غامضة و غير واضحة يصعب تنفيذها دون تفسيرها , فيقوم القاضي بتفسيرها من خلال الوصول إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين . فقد يقوم المتعاقدان بإبرام العقد بصورة متسرعة فتكون عباراتهما غير واضحة أو غير معبرة عن ارادتهما المشتركة بشكل دقيق . فيظهر الخلاف بينهما عند بدء التنفيذ للعقد , فيفسر و يفهم كل منهما العبارة على هواه و بحسب مصلحته . و بتدخل القاضي لتفسير العقد يعيد الأمور إلى نصابها , برد سوء النية على صاحبها و إنصاف المتعاقد حسن النية . بحيث يبقى العقد ضمن الإطار الذي يفرضه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود من وجوب الالتزام بالأمانة و الثقة و النزاهة في تفسير العقود. حيث إن كشف القاضي عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين يضع حدا للمنازعات , سواء أكان تفسيره موافقا لما تمسك به أحد المتعاقدين أم متعارضا معه , مادام انه يتفق و الإرادة الحقيقية للمتعاقدين وقت إبرام العقد . مع ضرورة الإشارة إلى أن المقصود بالتفسير" هو التفسير الموضوعي و ليس اللغوي , أي المقصود هو التفسير الذي يؤدي إلى الوصول إلى حقيقة النية المشتركة للمتعاقدين . ذلك إن التفسير اللغوي

---

([1]) تقابلها المادة (2/150) من القانون المدني المصري .

الذي يبحث في لغة العبارة لا يكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين , فقد يستخدم المتعاقد تعبير غير دقيق لغويا أي لا يعبر عن حقيقة قصده , ولكن المتعاقد الأخر يفهم ما قصده الطرف الأخر بدقة ".[1] و من هنا فلا يقبل من ذلك المتعاقد أن يتمسك بالتفسير اللغوي لأنه يتعارض مع مبدأ حسن النية , فالعقود يجب أن تفهم و تفسر وفقا لحسن النية . فإذا وجد القاضي نصا يحتمل تأويلين اخذ بالتأويل الأكثر انطباقا مع روح العقد و الغرض المقصود منه , و يفضل النص الذي يجعل المعنى ذا مفعول على النص الذي يبقى معه المعنى بدون مفعول . ثم إن بنود العقد تفسر بالنظر إلى مجمل العقد , فيفترض بالقاضي أن ينظر إلى كل بنود العقد حتى يأتي تسلسلها متناسقا في المعنى و غير متناقض في المدلول , وصولا إلى فهم حقيقة النية المشتركة للمتعاقدين و رد كل محاولة للتضليل , و ذلك من خلال الوسائل التي حددها المشرع للقاضي ليستعين بها في تفسير العقد.

و قد حدد المشرع الأردني و المشرع المصري في المواد سابقة الذكر , العوامل التي يستعين بها القاضي للكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين , و التي تتمثل بطبيعة التعامل و بما ينبغي أن يتوافر من ثقة و أمانة بين المتعاقدين و العرف الجاري . و هذا ما أشارت إليه محكمة التمييز الأردنية في إحدى قراراتها حيث قررت ," أن للمحكمة في تفسير العقود و تأويلها استخلاص ما تراه أوفى بعقود عاقديها وهي تبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين , مستهدية بطبيعة التعامل و الطريقة التي نفذ فيها أطراف العقد عقدهم , و مستعينة بجميع وقائع الدعوى و ظروفها و بما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات , ودون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ".[2] و إذا كان تفسير العقود و استظهار نية طرفيها

---

(1) أبو الليل , دسوقي , مرجع سابق , ص 210 .
(2) تمييز حقوق 2003/419 , تاريخ 2003/4/15 , منشورات عدالة .

أمر تستقل به محكمة الموضوع , إلا أن شرط ذلك أن تقيم قضاءها على أسباب سائغة .[1] مع ضرورة الإشارة إلى أن هذه الوسائل لم تذكر على سبيل الحصر .[2] فالقاضي يستطيع الاستعانة بعوامل أخرى لتفسير العقد و الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين , فإذا لم يستطع التوصل بالوسائل التي أشار إليها القانون فيمكنه الاستعانة بالوسائل الأخرى , كالظروف و القرائن المحيطة بإبرام العقد و طريقة تنفيذ العقد وغيرها من الوسائل , و العوامل التي قد تساعد القاضي في تفسير شروط العقد الغامضة .

و يقصد **بطبيعة التعامل** طبيعة التصرف المبرم , فلو كانت عبارة العقد تحمل اكثر من معنى , فانه يؤخذ بالمعنى الذي يتفق و طبيعة العقد .[3]

و يظهر وجوب الالتزام بحسن النية في التفسير بشكل واضح من خلال إلزام المشرع الأردني القاضي والمتعاقد بوجوب مراعاة مقتضيات حسن النية من **أمانة و ثقة** عند التفسير, باعتبارها من العوامل التي يستعين بها القاضي في تفسير العقود . وإذا كان الأصل أن الإنسان يلتزم الصواب و الاعتدال في تصرفاته , فان مفهوم النية المشتركة للمتعاقدين يجب أن يكون متفقا مع مقتضيات حسن النية , و إذا لاحظ القاضي أن أحد الطرفين حاد عن هذا المبدأ كان عليه بموجب معياري الثقة و الأمانة أن يرده إلى صوابه , ليستخلص النية المشتركة المتفقة مع هذين المعيارين ضمانا لاستقرار المعاملات .[4] حيث انه ليس من حسن النية أن يستغل المتعاقد حالة الثقة والأمانة المفترضة بين المتعاقدين , كأن يستغل المتعاقد خطأ المتعاقد الأخر في التعبير عن إرادته لتحقيق منفعة اكبر لنفسه . فان كان له أن يفهم عبارة العقد بحسب معناها الظاهر لكن ذلك مشروط بان يكون حسن النية , في أن لا يحمل كلام المتعاقد الأخر على

---

(1) هرجه , مصطفى (لات) . العقد المدني , أركانه , و أثاره و بطلانه , دار محمود للنشر , القاهرة , مصر , 92_ ص93 .
(2) السرحان وخاطر , مرجع سابق , ص252 .
(3) الصده , عبد المنعم فرج (1974) . نظرية العقد في قوانين الدول العربية , دار النهضة العربية , بيروت , لبنان , ص 460 .
(4) فودة , عبد الحكم (2000) . إنهاء القوة الملزمة للعقد , دراسة تحليلية على ضوء قضاء النقض , دار المطبوعات الجامعية , الإسكندرية , ص 254_ ص255 .

المعنى الظاهر و هو يعلم انه لم يقصد المعنى الظاهر . كما انه لا يفترض في تعبير المتعاقد إلا الصدق , فلكل متعاقد تمام المعذرة في أن يفترض في زميله الصدق في البيان و قصد الحقيقة في التعبير , فإذا وصف البائع المبيع بوصف مرغوب كان للمشتري الحق في أن يفهم أن هذا الوصف موفور تماما و ليس كذبا للترويج .[1]

و كذلك فقد اعتمد المشرع **العرف** كعامل من العوامل التي يستعين بها القاضي في تفسير العقد , فيستعين القاضي بما جرى عليه العرف بين المتعاقدين و غيرهم من المتعاملين عامة . فالأصل أن يفهم المتعاقد عبارة المتعاقد الأخر بحسب المعنى المألوف و المتعارف عليه في المعاملات بين الناس , ومن سوء النية أن يسعى أحد المتعاقدين إلى تحريف معنى عبارة العقد عن المعنى المتعارف عليه لها , إلا إذا وجد اتفاق على ذلك عندها تحمل العبارة على المعنى المتفق عليه .

ومن الواضح أن القانونين الأردني و المصري يتفقان في حالة العبارة الواضحة التي لا تحتاج إلى تفسير , في انه يجب الأخذ بها كمعبر عن الإرادة دون الانحراف عنها . و لا خلاف بينهما أيضا حين تكون العبارة غير واضحة و تحتاج إلى تفسير ," حيث يتبنى القانون المصري بحسب الرأي الراجح مبدأ العبرة بالإرادة الظاهرة ابتغاء استقرار التعامل , في تكوين العقد و تفسيره ".[2] كما أن القانون الأردني يتبنى مبدأ الإرادة الظاهرة كأساس في التعامل بين الطرفين . وفي كل الأحوال فان كلا من القانونين يبحث عن التفسير الذي يتفق و النية المشتركة للمتعاقدين و يزيل غموض العبارة .[3]

**_ حالة الشك في مدلول عبارة العقد :**

---

(1) الزرقا , مصطفى , شرح القانون المدني السوري , مرجع سابق , ص 326 .
(2) السنهوري , مرجع سابق , ص 96 -98 .
(3) الفار , عبد القادر (2004) . مصادر الالتزام , مصادر الحق الشخصي , الطبعة الأولى , دار الثقافة , عمان , الأردن , ص 148 .

أما حالة أن يثار شك حول مدلول عبارة العقد و حول إرادة المتعاقدين , فقد عالجها المشرع الأردني في المادة (240) من القانون المدني , حيث نصت على أن الشك يفسر لمصلحة المدين , و مع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن .(1) ففي هذه الحالة تكون عبارة العقد غامضة تحتمل أكثر من معنى , و لا يستطيع القاضي أن يرجح معنى على أخر بالاستعانة بوسائل التفسير الأخرى , حيث يظل القاضي في شك من حقيقة المعنى المقصود , و في مثل هذه الأحوال يفسر الشك في مصلحة المدين .(2) كما لو ثار شك حول التزام الدائن بدفع تعويض عن التأخر في التنفيذ أو عن عدم التنفيذ فيفسر الشك هنا حول التعويض , بان دفع التعويض يكون في حال عدم تنفيذ المدين التزامه . أو كحالة أن يثور شك حول مديونية المدين عندها تحمل العبارة على أن المدين برئ الذمة . و ينطبق نفس الحكم فيما إذا ثار شك حول مدى التزام المدين حيث يفسر بأضيق الحدود , لان الأصل براءة الذمة و اليقين لا يزول بالشك , خاصة أن الدائن هو الذي يملي الالتزام على المدين فإذا أملاه بطريقة غامضة تحمل تبعة ذلك .(3) و يفسر الشك لمصلحة أحد الطرفين أو لمصلحة الطرف الأخر و ذلك بحسب إذا ما كان دائنا أو مدينا .(4)

أما فيما يتعلق بالغموض الذي قد يظهر في عبارات عقود الإذعان فانه يفسر لصالح الطرف المذعن دائنا أو مدينا . ذلك أن الطرف القوي في عقود الإذعان هو الذي يضع شروط العقد و ما على الطرف الأخر إلا القبول أو الرفض , لذلك يفترض أن يقدم شروطا واضحة , حيث إن التعبير الواضح هو انعكاس للإرادة الحقيقية للمتعاقد و دليل على حسن نيته. "و إذا شاب شرط في العقد غموض فان الطرف القوي هو الذي يتحمل تبعة هذا الغموض أو أي

---

(1) تقابلها المادة (151) من القانون المدني المصري .
(2) الصده و عبد المنعم , نظرية العقد , مرجع سابق , ص 464 .
(3) منصور , محمد حسين , مصادر الالتزام , مرجع سابق , ص 334 .
(4) فرج , توفيق (1988) . النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام , مع مقارنة بين القوانين العربية , الطبعة الثالثة , الدار الجامعية , بيروت , لبنان , ص 304 .

تعارض في الشروط يضر بمصلحة الطرف المذعن , لان المفروض أن العاقد الطرف القوي يستطيع أن يقدم شروطا واضحة , فان لم يفعل إهمالا أو عمدا فأنه يؤخذ بسوء نيته و يفسر الشرط ضده . فإذا كان مبدأ حسن النية مطلوبا في تفسير العقود بصفة عامة إلا انه ذو أهمية خاصة في عقود الإذعان , و بالذات في عقد التامين الذي تكثر فيه الشروط التي تفرض من جانب المؤمن على المؤمن له دون أن يكون له مناقشتها , و ترتب جزاءات على مخالفتها تؤدي في الغالب الأعم إلى إسقاط حقه في التعويض رغم حسن نيته , خاصة إذا لم يكن في مكنة الشخص العادي المتواجد في نفس الظروف أن ينفذ الشرط بالدقة الوارد بها في العقد , علاوة على أن التمسك بحرفية الشرط يتنافى و مبدأ حسن النية ".[1]

نخلص إلى أن التزام حسن النية في تفسير العقود يوفر الحماية للمتعاقد , خاصة المتعاقد المذعن من هضم حقه و تحريف نيته و تعبيره عما قصده , مما يحقق غايته من العقد , لأن الطرف القوي عندما يقدم شروطا غير واضحة فانه يزيد من اختلال التوازن العقدي . لان التعسف من وجهة نظري في معظم حالاته مشوب بسوء النية .

أما القانون الإنجليزي فقد اتبع نفس القواعد التفسيرية في تفسير شروط العقد , "فالمهمة الأساسية للمحكمة في قضايا العقد هي التحقق مما اتفق عليه الطرفان و أراداه , إذ يوجب القانون الإنجليزي احترام النية المشتركة للمتعاقدين . لان كل عقد كما ذكر (ايفانز 1806) يستمد فعاليته من نية الطرفين , و هذه النية كما يعبر عنها أو تستنبط يجب أن تكون الأساس لأي قرار , كما يجب احترام فعالية هذه النية و مداها و هي محل اعتبار كبير في أي مسألة متعلقة بتفسير العقد" .[2] فالمحكمة الإنجليزية و هي تقوم بتفسير العقد , تبتغي الوصول

---

(1) فودة , عبد الحكم , تفسير العقد , مرجع سابق , ص 423 .
(2) شيشر , ج و فيفوت , س (1981) . أحكام العقد في القانون الإنجليزي , الطبعة الأولى , ترجمة هنري رياض , دار الجيل , بيروت , لبنان , ص 49 .

إلـى النيـة الحقيقيـة للأطراف , و هذه النيـة يتم استخلاصـها كقاعدة عامـة من العقد ذاتـه لا من خارجه , فلا يجوز الاعتماد على ما هو خارج العقد لاثبات ما يخالف بنوده . و يستعين القاضـي في ذلك بقصد الطرفين أو سلوكهما و طبيعة المعاملات .[1]

و القاضـي الإنجليزي فـي تفسيره العقد يأخذ بـالمعنى الظـاهر و المـألوف لعبـارة العقد إذا كانت واضـحة الدلالـة , فلا يكشف عن النوايا . ذلك أن التوقع المعقول أن تفهم عبارات العقد وفقا للمـألوف فـي مجرى الحيـاة العمليـة لـدى استخدام عبـارات معينـة .[2] و عليـه فـان المحكمـة تفسر بنود العقد لتكون متوافقة مع الإرادة الحقيقية للمتعاقدين , و لا تخرج عن المعنـى الظـاهر لعبـارات العقد ألا فـي ظروف استثنائية , كـأن تكشف المحكمـة بـان المعنـى الظـاهر لا يتفق و النيـة الحقيقيـة للأطراف . و قد قضـى القضـاء الإنجليزي بأنـه إذا اتضـح أن المعنـى الظـاهر لا يتفق مع الإرادة الحقيقية للمتعاقدين , بمعنى أن العبارة العقديـة غير واضـحة و غامضـة , فعلى المحكمة أن تبحث عن النيـة الحقيقيـة و تأخذ بها و لا تأخذ بمجرد المعنـى الحرفي للألفاظ , و ذلك من خلال البحث في ظروف العقد و هدف المتعاقدين من إبرام العقد .[3]

فمتـى كـان هنـاك غموض فـي معنـى أو مـدى الشرط فـان الغموض يفسر فـي غير مصـلحة مـن يملـي الشـرط , كالشـرط الـذي يعفـي أو يحـد مـن المسـؤولية , فانـه يتعـين تفسـير الغموض ضـد مصـلحة من أملـى الشرط و أراد التمسك بـه .[4] و فـي سبيل تفسير العقد تفسيرا يتفق و الإرادة الحقيقية للأطراف , تعتمد المحكمة الإنجليزية العديد من القواعد لاستخلاص النيـة المشتركة للمتعاقدين , منها أن تفهم الكلمات المستعملة فـي العقد علـى وفق معناها الحقيقـي و

---

([1])العنبكي , مبادئ العقد , مرجع سلبق , ص 119 - ص 131 .
([2] )شيشر و فيفوت , أحكام العقد , مرجع سابق , ص 69_ ص70 .
[3]) Mckendrick , Ewan , page 120_121.
(
([4]) شيشر , ج و فيفوت , س (1977) . بنود و شروط العقد , ترجمة هنري ريلض , الطبعة الأولى , مكتبة السودان , القاهرة , مصر , ص 94 .

ليس الحرفي , أي ليس المعنى القاموسي فقط و إنما المعنى العام و المفهوم و الشائع , إلا أن ذلك لا يمنع من تقديم الدليل لإثبات أن الكلمات المستعملة في العقد قد قصد بها معنى خاص غير المعنى الشائع و المتعارف عليه من العبارة , سواء بحسب العرف أم التعامل التجاري أو اتفاق الأطراف . كما يجب أن تفسر كلمات العقد و بنوده بشكل متكامل فلا يفسر بند بمعزل عن بند أخر , و بالصورة التي تجعل من العقد صحيحا لا باطلا , أي بالمعنى الذي يجعل للعقد أثرا قانونيا . كما ينبغي تفسير عبارة العقد بصورة اكثر شدة ضد الطرف الذي استعملها و أدرجها في العقد , و هذه القاعدة مبنية على مبدأ أن الشخص يكون مسؤولا عن الغموض في تعبيراته الخاصة منعا من أن تقوم المحكمة بتفسير الغموض لمصلحته .[1]

و هذه المعاني في تفسير العقد هي المعاني التي يدعو إليها مبدأ حسن النية و يسعى لتطبيقها , و هي ترتبط بمبدأ حسن النية حتى دون النص على وجوب تفسير العقد بحسن نية صراحة سواء في القانون الأردني أم المصري أم الإنجليزي , فهي معاني و قواعد متفرعة عن حسن النية .

**ثانيا : تكملة العقد**

بعد أن حتمت الفقرة الأولى من المادة(202) من القانون المدني الأردني و المادة (148) من القانون المدني المصري , ضرورة تنفيذ العقد بطريقة تتفق و حسن النية , جاءت الفقرة الثانية من كل مادة من هاتين المادتين لتحدد مضمون العقد و ترسم نطاقه . فقد أوضحت بان العقد لا يقتصر على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه , بل يلزمهم أيضا بما هو من مستلزمات هذا العقد وفقا للقانون و العرف و طبيعة التصرف و العدالة . و قد تضمنت أيضا المادة (836) من القانون المدني الأردني ما يؤكد وجوب تنفيذ العقد و ما يتصل به من توابع ضرورية , فقد

---

([1]) العنبكي , مبادئ العقد , مرجع سابق , ص 133 .

نصت على أن الوكيل يباشر الأمور المعينة في الوكالة الخاصة و ما يتصل بها من توابع ضرورية تقتضيها طبيعة التصرفات الموكل بها . و قد أكدت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني الملحقة بالمادة (202) هذا المعنى , ذلك أن تنفيذ العقد يجب أن يتم بحسن نية و بينت المقصود بمضمون العقد و بعبارة أخرى تحديد نطاق العقد , فتبين انه لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه على وجه التخصيص , بل و بما يلزمه وفق ما تقتضيه طبيعته وفقا لاحكام القانون و العرف . و ساقت المذكرة العديد من القواعد التي يسترشد بها في تحديد نطاق العقد , كالعادة محكمة و الحقيقة تترك بدلالة العادة و غيرها من القواعد , ثم أكدت المذكرة الإيضاحية بان" العقد يدخل في نطاقه ما هو من مستلزماته وفقا لطبيعة التصرف و ما تستلزم تلك الطبيعة من ملحقات , و يستند المشرع في ذلك إلى العديد من القواعد الفقهية مثل التابع تابع و التابع لا يفرد له حكم و من ملك الشيء ملك ما هو من ضروراته ".

لذلك فان قاعدة وجوب تنفيذ العقد بحسن نية تنطبق على كامل مضمون العقد و كل محتوياته و مستلزماته , إذ يجب تنفيذ كافة العقود بكل ما ورد فيها و بكل مستلزماتها و توابعها و ضروراتها بطريقة تتفق و حسن النية . و ينطبق ذات الحكم على ما لم يرد في العقد و لكنه من مستلزمات المعقود عليه , إذ إن مستلزمات العقد تعتبر جزءا لا يتجزأ من العقد سواء ذكرت في العقد أم لم تذكر .

و القوة الملزمة للعقد تستلزم تحديد الالتزامات التي تقع على عاتق المتعاقدين , فيتحدد نطاق العقد بالاتفاقات الواردة فيه و بمستلزماتها . و عندما يقوم القاضي بتكملة العقد فانه لا يلزم المتعاقدين بما اتفقوا عليه من شروط واردة في العقد فقط , بل يلزم المتعاقدين بمستلزمات العقد و ضروراته مستعينا في ذلك بأحكام القانون و العرف و طبيعة التصرف . "و لكن القاضي لا يصل في تكملته للعقد حد تعديل ما اتفق عليه الأطراف , لان تعديل شروط العقد لا يكون إلا

بالاتفاق أو بنص القانون . حيث إن تكملة العقد تهدف إلى الوصول بإرادة المتعاقدين إلى غايتها عن طريق إضافة الفرع إلى الأصل , أما تعديل العقد فهو على العكس موجه ضد الإرادة تحقيقا لهدف أخر هو العدل , لذلك فهو لا يجوز إلا استثناء ".[1]

و في أغلب الأحوال يتفق الأطراف على المسائل الجوهرية في العقد دون المسائل التفصيلية , حيث تترك للقاضي أن يستكمل العقد بها عندما يثار خلاف حولها طبقا لاحكام القانون و العرف و العدالة . و قد نصت المادة (2/100) من القانون المدني الأردني على انه "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد , و احتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد و لم يشترطا أن يكون العقد غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل , عندها يعتبر العقد قد انعقد , و إذا قام خلاف حول المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها , فان المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة و لاحكام القانون و العرف و العدالة ".[2] فهذه المادة "تعالج حالة اتفاق الأطراف على المسائل الجوهرية مع بقاء مسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد و لم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على التفصيلات , فإذا قام خلاف بشأنها فان القاضي بفصله في هذا الخلاف يكمل العقد , حيث يتسع بذلك نطاق مهمة القاضي فلا يقتصر على تفسير إرادة العاقدين بل يستكمل ما نقص منها ".[3]

و قد حدد المشرع الأردني العناصر التي يستعين بها القاضي لاستكمال العقد , وهي عين العناصر التي حددها المشرع المصري لذات الغرض . فالقاضي يتدخل في معرض تفسير العقد أو بحث مستلزماته فيعمل القانون و العرف و العدالة بحسب طبيعة التصرف , فيلجأ إلى القواعد التي تنظم الحالة المطروحة للنزاع و يطبق منها ما يعتبر مكملا و مفسرا لارادة

---

([1]) السرحان و خاطر , مصادر الحقوق الشخصية , مرجع سابق , ص 245 .
([2]) تقابلها المادة (95) من القانون المدني المصري .
([3]) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني , الجزء الأول , مرجع سابق , ص 115 _ ص116 .

المتعاقدين , و في كل الأحوال يجب على القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار القاعدة الأساسية القائلة بان العقد شريعة المتعاقدين ," حيث إن تكملة العقد تهدف إلى الوصول بإرادة المتعاقدين إلى غايتها عن طريق إضافة الفرع إلى الأصل ".[1] و أول هذه العناصر هو **أحكام القانون** , فإلى جانب الشروط و الاتفاقات التي يتضمنها العقد هناك قواعد قانونية مفسرة و مكملة يستكمل بها العقد , و هي تسهم إلى حد كبير في تحديد نطاق العقد . فإذا اتفق المتعاقدان على ما يخالف هذه القواعد سرى الاتفاق , وان سكتا عما يخالفها اعتبرت جزء من العقد . كما لو سكت المتعاقدان في عقد البيع عن تحديد مكان تسليم المبيع أو زمانه , عندها تنطبق القواعد المكملة في هذا الخصوص .[2]

كذلك يلجأ القاضي إلى **العرف** لاستكمال العقد و تحديد مستلزماته , حيث يلتزم المتعاقدان بالشروط التي يفرضها العرف حتى لو لم ينص عليها في العقد , كإضافة نسبة مئوية إلى حساب مرتادي المطاعم كمقابل للخدمة . و أكدت المادة (815) من القانون المدني الأردني هذا المعنى , حين قررت" إلزام العامل بكل ما جرى العرف على انه من توابع العمل حتى لو لم يشترط في العقد ", كالتزام العامل بالعمل بكفاءة و بجد و تخفيض النفقات و العمل على تحقيق مصلحة صاحب العمل و هذه التزامات يفرضها مبدأ حسن النية .

" و يرجع القاضي في تحديد مستلزمات العقد إلى **طبيعة التصرف** , و هي تقتضي أن يلحق العين ما هو من تابع لها و ما تستلزمه تلك الطبيعة من ملحقات ".[3] فكما أن البائع ملزم بتسليم المبيع فهو ملزم بتسليم ملحقاته حتى لو لم تذكر في العقد , فبائع السيارة ملزم بالإضافة إلى تسليم السيارة , تسليم ملحقاتها كمفاتيحها و أوراقها الثبوتية . و تختلف مستلزمات العقد من

---

(1) السرحان و خاطر , مصادر الحقوق الشخصية , مرجع سابق , ص 245 .
(2) الصده , عبد المنعم , نظرية العقد , مرجع سابق , ص 471 .
(3) المذكرات الإيضاحية للقانون الأردني , الجزء الأول , ص 240 .

عقد لأخر بحسب طبيعته و الهدف المقصود منه , فاختلاف طبيعة العقد تعني اختلاف ملحقاته , فملحقات العين المبيعة تختلف عن ملحقات العين المؤجرة و التي تختلف عن ملحقات عقد النقل أو عقد الوكالة و ضروراته , فما يعد من مستلزمات عقد الوكالة لا يعد كذلك في عقد الإيجار .[1]

كما و قد يلجأ القاضي إلى **قواعد العدالة** لتحديد مستلزمات العقد و إكماله , و يقصد بالعدالة هنا " اجتهاد القاضي في النزاع المعروض عليه , شريطة أن يصدر هذا الاجتهاد عن اعتبارات موضوعية عامة و ليس عن مجرد معتقدات شخصية" .[2] فالعدالة تفرض على المتعاقد بائع المتجر أن لا ينافس مشتريه منافسة غير مشروعة بقصد انتزاع زبائنه . "و الدائن ملزم عند وفاء الكفيل له بالدين أن يسلم الكفيل كافة الاسناد اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع على المدين و التخلي عن كافة التأمينات اللازمة لذلك ,"[3] و على الوكيل ان يرد بعد انتهاء الوكالة كافة الأوراق التي تتعلق بالوكالة و تخص الموكل .[4] وهذا أمر يقتضيه حسن النية الذي هو أحدى آليات إحلال العدالة .

و عليه نستنتج أن الالتزامات التي يفرضها القاضي على المتعاقدين في أثناء استكماله للعقد , هي التزامات يفرضها مبدأ حسن النية . خاصة أن جميع العقود أصبحت من عقود حسن النية . فالتزام البائع بعدم إخفاء العيوب و التزامه بضمان التعرض و الاستحقاق , والتزام العامل بمراعاة اللياقة و مقتضيات الآداب , و الالتزام بتسليم ملحقات المبيع أو ملحقات محل العقد , و التزام المتعاقد بالحفاظ على الشيء محل العقد , وعدم إنهاء العقد في وقت غير مناسب أو

---

([1]) أبو الليل , إبراهيم (1995) . المصادر الإرادية للالتزام , العقد و الإرادة المنفردة , التصرف القانوني , الطبعة الأولى , (لان) , (لام) , جامعة الكويت , الكويت , ص 269 .
([2]) منصور , محمد , مصادر الالتزام , مرجع سابق , ص 343 .
([3]) السرحان , مصادر الالتزام , مرجع سابق , ص 247 .
([4]) الشهاوي , قدري (2001 ) . أحكام عقد الوكالة في التشريع المصري و المقارن , منشأة المعارف , الإسكندرية , مصر , ص186 .

يسبب ضررا للمتعاقد الأخر , والتزام المقاول بمراعاة الأصول المهنية و عدم تنفيذ شروط العقد بطريقة معيبة , و التزام الحارس في عقد الحراسة أن لا يتجاوز الحدود المرسومة له و أن يحافظ على محل العقد , و التزام الشريك الذي يدير مصالح الشركة بأن يمتنع عن أي تصرف يلحق الضرر بالشركة , و التزام المستعير أن يسلم الأشياء النفيسة بنفسه إلى المعير ,(1) فهذه الأمثلة على الالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية على المتعاقد , تؤكد وجوب تنفيذ العقد سواء الالتزامات الرئيسة أم الفرعية منه وفق ما يوجبه مبدأ حسن النية , فلا يقتصر الالتزام بحسن النية على تأدية الالتزام الرئيس في العقد بل يشمل مستلزماته و ملحقاته و ضروراته حتى لو لم ينص عليها صراحة في العقد . و التزام المتعاقد بحسن النية في هذه الأحوال يقلص من دور و صلاحية القاضي في استكمال العقد , حيث إن دور القاضي في استكمال العقد و تحديد مستلزماته , لا يظهر إلا عندما يظهر خلاف حول مدى إلزام المتعاقد بهذا الالتزام أو ذاك . و يتفق في هذا كل من المشرع الأردني و المصري.

تجدر الإشارة أخيرا إلى "أن مسألة تكميل العقد تعد من مسائل القانون و ليست من مسائل الواقع , لذا فان القاضي يخضع فيها لرقابة محكمة التمييز . و يعود السبب في ذلك أن القاضي و هو يكمل العقد فان لا يبحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين , بل يهدف إلى سد ثغرة في تنظيم العقد بالرجوع إلى أحكام القانون و العرف و العدالة , فيكون حكم القاضي متصلا بالقانون لا الواقع ".(2)

و كما هو الحال في القانونين الأردني و المصري , فان القانون الإنجليزي يرى انه من الضروري تحديد مضمون العقد , بتحديد التزامات كل من الطرفين و مستلزماتها و نطاق هذه الالتزامات , لذلك يتعين رسم إطار العقد و التحقق من حدوده و مداه , لان محتويات العقد لا

---

(1) المواد (503 , 512 , 597 , 595 , 779 , 814 , 899 ) من القانون المدني الأردني .
(2) السرحان و خاطر , مصادر الحقوق الشخصية , مرجع سابق , ص 247 .

تقتصر بالضرورة على تلك التي تبدو في ظاهر العقد .(1) و يقصد بمضمون العقد البنود التعاقدية التي يتضمنها العقد و التي اتفق عليها الطرفان , و هذه البنود قد تكون صريحة أو ضمنية . و قد سبق أن لاحظنا أن من القواعد الأساسية في العقد عند الإنجليز أن الطرفين أحرار في وضع بنود عقدهم الخاصة , و انه ليس من وظيفة المحكمة أن تنشأ عقدا للطرفين . و مع هذا هناك حالات يكون للمحكمة فيها أن تستشف بنودا ضمنية (Implied Terms) من العقد استنادا لظروف كل قضية , و ذلك من أحكام القانون و القضاء وطبيعة المعاملات و سلوك المتعاقدين و الغرض الذي أنشئ من اجله العقد و من العرف ومن مضمون العقد لإعطاء العقد أثرا فعالا .(2) فتقوم المحكمة باستكمال العقد بالتفسير الموسع لشروط العقد ,(3) و بإدراج شروط فيه غير مصرح بها من قبل الأطراف لكنها ضرورية لتنفيذ العقد , فعندما يتفق المتعاقدان على أن يقوم شخص ثالث بتحديد ثمن السيارة مثلا , فهما ملزمان بان لا يعيقا الشخص الثالث في عمله رغم عدم النص صراحة على هذا الشرط , ومن يعيق الشخص الثالث فانه يلتزم بجبر الضرر . و المحكمة بإدراجها مثل هذه الشروط لا تتدخل في تكوين العقد و لا تعدل فيه , بل تفسر و تنفذ الإرادة المشتركة للمتعاقدين و تكملها, إذ أن مثل هذه الشروط أي الشروط الضمنية مفترضة وفقا لمعيار الرجل العادي و لا تحتاج للنص عليها .(4) و يقصد بالشروط الضمنية الشروط التي يستنبطها القاضي أثناء تفسير العقد و يكمل بها العقد , للتأكد من تعبير الطرفين والتحقق من نيتهما المشتركة , و في كل الأحوال فان هذا الاستخلاص أو الاستنباط يجب أن

---

(1) شيشر و فيفوت , بنود و شروط العقد , مرجع سابق , ص 5 .
(2) العنبكي , مبادئ العقد , مرجع سابق , ص 119_ ص121 . و شيشر و فيفوت , بنود العقد , ص 27 .
(3)Bosh , Craig ,. (2002) . Maintaning a balance : The role of good faith in regulating employer conduct , (online) , available , :http:// http://www.lexisnexis.co.za/ServicesProducts/presentations/17th/CraigBosch.ppt .
(4) Smith J . C , .(1989) . The law of contract , Sweet MaxWell limited , London , England , page 112 .

يكون سائغا و ممكنا .(1) و يلتزم الأطراف بها دون حاجة للنص عليها , كالتزام العامل بالعمل بمهارة و مراعاة الثقة و النزاهة , وان ينبه صاحب العمل لأية خسائر .(2) و يتخذ القضاء الإنجليزي من هذه الشروط وسيلة لاعمال مبدأ حسن النية من خلال إلزام المتعاقد بالشرط الضمني غير الصريح كإلزامه باحترام الثقة المفترضة و النزاهة .(3)

ففضلا عن شروط العقد الصريحة(Express Terms ) يوجد شروط ضمنية يكمل بها القاضي العقد مستعينا في ذلك بعدة عناصر . و أول هذه العناصر أحكام القانون , فهناك بعض الآثار الإضافية التي يمكن ترتيبها بواسطة القانون بالنسبة لبعض العقود الخاصة , و التي يجب إعمالها رغم جهل الطرفين بها , كافتراض أن تكون البضاعة ملائمة للغرض الذي اشتريت من اجله , و كتعهد البائع بان ينقل المبيع إلى المشتري سالما .(4) و مطابقة الوصف للبضاعة المسلمة و ضمان الحيازة الهادئة للمشتري .(5) كما يمكن استشفاف الشرط الضمني من العرف , شريطة أن يكون ذلك العرف معقولا و شائعا و لا يتعارض مع أي نص تشريعي أو شرط صريح في العقد , و قضى القضاء الإنجليزي في قضية ( nagata& Harly ) أن العرف يقضي بدفع عمولة الوسيط في حالة استئجار سفينة , عند حصول مالكي السفينة على بدل إيجار السفينة لا عند توقيع العقد .(6) و يفترض في هذه الشروط العرفية أن الأطراف قصدوها

---

(1) شيشر و فيفوت , بنود و شروط العقد , مرجع سابق , ص 6 _ ص27 .

(2) Treitel , G . H , The Law of contract , Third edition , Sweet and Maxwell , London , England page183-195 .

(3) Alberto , . M . Musy , . (2000) . The Good faith principle in contract law and pre contractual duty to disclose ,(online) , Available: http:// http://www.icer.it/docs/wp2000/Musy192000.pdf .

(4) شيشر و فيفوت , بنود و شروط العقد , مرجع سابق , ص 35- ص36 .

(5) Keenan , Denis , .(1986) . English Law , Pitman Publishing , London , England , page 245-248 .

(6) العنبكي , مبادئ العقد , مرجع سابق . ص 121 .

لكنهم لم يصرحوا بها , لذلك فان مثل هذه الشروط يجب أن لا تتعارض مع ما صرح به الأطراف كالشروط العرفية في مهنة معينة أو المعروفة محليا أو العرف التجاري.(1)

و قد يستكمل العقد بالاستناد إلى الغرض الذي ابرم من اجله , فالذي يستأجر منزلا للسكنى , يجب أن يكون صالحا لذلك حسب طبيعة ظروف الحالة و المتعاقدين و إن لم ينص عليه صراحة .(2) و قد يتبين للمحكمة من شروط العقد أن العقد لا ينتج أثره إلا بتضمينه شرطا غير منصوص عليه , و يعتبر أن الطرفين سكتا عنه سهوا أو لا مبالاة , كما لو كان الرصيف المستأجر لرسو السفينة غير صالح لرسوها , حيث إن شرط صلاحية الرصيف لرسو السفينة شرط أساسي ليرتب العقد أثره , و هو شرط مفترض حتى لو لم يضمن في العقد .(3) كما يستكمل العقد بالنظر إلى طبيعة المعاملات السابقة بين المتعاقدين , فإذا اتفق الطرفان على أن يبيع أحدهما للأخر شيئا معينا و اتفقا على الثمن , وعلى أن لا يدفع حالا و لم يحددا موعدا لذلك . فيكون الشرط الضمني هنا هو أن يدفع في موعد معقول حسب طبيعة الظروف . و إذا كان هناك تعامل سابق بين الطرفين فان هذا التعامل هو الذي يحدد موعد دفع الثمن , و أن لم يتضمن العقد شرطا صريحا بذلك .(4)

و أخيرا يخلص الباحث إلي أن المتعاقد كما انه ملزم بتنفيذ الشروط الصريحة من العقد بحسن نية, فان هذا الالتزام يبقى قائما بالنسبة للشروط الضمنية التي تكمل العقد , وبالنسبة لكل ما يعتبر من مستلزمات العقد . فعلى المتعاقد تنفيذ العقد بكل التزاماته الأصلية و الفرعية الجوهرية و غير الجوهرية بحسن نية و بطريقة تحقق منفعة كل متعاقد من العقد , سواء في ظل القانون الأردني أو القانون المصري أو القانون الإنجليزي . أما موقف القوانين المذكورة من الدفع

(1)Smith J . C , The law of contract. page 114 .

(2) العنبكي , مبادئ العقد , مرجع سابق , ص 120 .

(3)شيشر و فيفوت , بنود و شروط العقد , مرجع سابق , ص 6 .

(4) العنبكي , مبادئ العقد , مرجع سابق , ص 119 .

بعدم التنفيذ و وجوب استعمال هذا الحق دون تعسف و بحسن نية , فسيأتي في الفرع الثاني من هذا المطلب .

**الفرع الثاني : الدفع بعدم التنفيذ**

بعد أن بينا الأحكام المتعلقة بتكملة العقد و تفسيره على اعتبار أن التكملة و التفسير من ضرورات تنفيذ العقد كما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين . أوجد المشرع قاعدة الدفع بعدم التنفيذ , كوسيلة للضغط على المتعاقد المتخلف عن تنفيذ التزامه للقيام بتنفيذ هذا الالتزام . فالدفع بعدم التنفيذ وسيلة قانونية أعطاها المشرع الأردني و المشرع المصري للمتعاقد حسن النية المستعد لتنفيذ التزامه , ليمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الأخر سئ النية بتنفيذ التزامه الذي التزم به بموجب العقد . " و للدفع بعدم التنفيذ أهمية كبرى في مجال العقود الملزمة للجانبين , إذ هو يتميز بان له طابعا تهديدا فعالا للغاية , فيضغط على إرادة المتعاقد الممتنع عن التنفيذ , لينفذ التزامه دون سعي نحو تدمير العقد ".[1]

---

([1]) سليم , عصام , مرجع سابق , ص 389 .

فالدفع بعدم التنفيذ يصب في خانة ضرورة تنفيذ العقد وفق ما يوجبه مبدأ حسن النية , فالدافع بعدم التنفيذ يوقف تنفيذ العقد إلى أن يقوم الطرف الأخر المتخلف عن التنفيذ بأداء ما التزم بـه . و من هنا عرف بعض شراح القانون المدني الدفع بعدم التنفيذ بأنـه" وقف مشروع لتنفيذ العقد من قبل أحد المتعاقدين , حتى يقوم المتعاقد الأخر بتنفيذ ما التزم به" .(1) إذا الدفع بعدم التنفيذ عمل مشروع , إذا ما استخدم بالشروط التي حددها القانون و بدون إساءة استعماله , و لا يتعارض مع مبدأ حسن النية لان مبدأ حسن النية لا يطلب من المتعاقد أن يفرط بحقوقه , بل على العكس فان من مهامه حماية المتعاقد و حماية حقوقه .

و قد تعرض المشرع الأردني لاحكام الدفع بعدم التنفيذ في المادة (203) من القانون المدني , و التي نصت على انه " في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء , جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الأخر بتنفيذ ما التزم به ".(2) و قد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني إيضاحا للمادة (203) , بأنه" من الأصول التي يقوم عليها نظام العقود الملزمة للجانبين ارتباط تنفيذ الالتزامات المتقابلة على وجه التبادل و القصاص , فإذا استحق الوفاء بهذه الالتزامات , فلا يجوز تفريعا على ما تقدم أن يجبر أحد المتعاقدين على تنفيذ ما التزم به قبل قيام المتعاقد الأخر بتنفيذ الالتزام المقابل ".

و على هذا الأساس يتعين أن تنفذ الالتزامات المتقابلة في وقت واحد , و يجوز الاستعانة بإجراءات العرض الحقيقي لمعرفة المتخلف عن الوفاء من المتعاقدين . فلكل من المتعاقدين إزاء ذلك أن يحتبس ما يجب أن يفي به حتى يؤدى إليه ما هو مستحق له , وهو باعتصامه بهذا الحق أو الدفع يعيد التوازن إلى العقد . بان يوقف أحكام العقد لا اكثر , فالعقد

---

(1) الصدة , عبد المنعم , نظرية العقد , مرجع سلبق , ص 605 .
(2) تقابلها المادة (161) من القانون المصري و هي متطابقة حرفيا مع النص الأردني , الأمر الذي يدل على وحدة الموقف .

لا ينفسخ في هذه الصورة , و لا تنقضي الالتزامات الناشئة عنه , بل يقتصر الأمر على وقف تنفيذ العقد و هذا هو الفارق الجوهري بين الفسخ و الدفع بعدم التنفيذ .(1) و كما سبقت الإشارة فان الدفع بعدم التنفيذ من الوسائل التي وضعها المشرع لاعادة التوازن إلى العلاقة العقدية , ذلك أن امتناع أحد العاقدين عن الوفاء بالتزامه , يخل بحالة التوازن المفترضة , و هو ما يتعارض مع مبدأ حسن النية لان ضرورة توافر التوازن العقدي أحد الأسس التي يقوم عليها الأخذ بحسن النية . و تمسك المتعاقد بالدفع بعدم التنفيذ يعيد حالة التوازن إلى العلاقة العقدية , فلا ينفذ التزامه إلا إذا نفذ المتعاقد الأخر التزامه .

و يرتبط الدفع بعدم التنفيذ بمبدأ حسن النية , فحتى يكون التمسك بعدم التنفيذ قانونيا و حتى يكون استعمال هذا الحق بوقف الوفاء صحيحا ومشروعا , يجب أن يكون المتمسك به حسن النية . "حيث أن إعطاء المتعاقد هذا الحق و الذي يتمثل في تطبيق العدالة بنفسه لا يمكن التسليم به في مجتمع متحضر إلا إذا كان يتوافق بحق مع الضرورات الأخلاقية لموقفه ".(2) و المقصود بحسن النية هنا أن لا يتعسف المتعاقد و أن لا يسئ استعمال هذا الدفع, فإذا كان المتعاقد الأخر قد نفذ كامل التزامه أو الجزء الأكبر من التزاماته و لم يبق إلا جزءا ضئيلا منه , أو كان المتعاقد المتمسك بالدفع هو السبب في عدم التنفيذ أو التأخر فيه أو في التنفيذ المعيب , فلا يجوز له في مثل هذه الأحوال الدفع بعدم التنفيذ , حيث انه إذا دفع بعدم التنفيذ يكون استعماله للدفع غير قانوني لأنه سئ النية ومتعسف باستعمال حقه . ذلك أن الفائدة التي تعود عليه من استعماله لحقه في الدفع ضئيلة قياسا مع الضرر الذي يلحق بالمتعاقد الأخر , و هو ما يشير إلى نيته بالإضرار بالمتعاقد الأخر . فالقانون لا يسمح للمتعاقد أن يسئ استعمال هذا الدفع , فلا يجوز له أن يتمسك به كذريعة ليمتنع عن التنفيذ و التملص من التزاماته . و حتى

(1) الصدة , نظرية العقد , مرجع سابق , ص 605 .
(2) الرفاعي , الالتزام بالتسامح , مرجع سابق , ص 41 .

يكون للمتعاقد الحق باللجوء إلى هذا الدفع فانه يجب أن يكون عدم التنفيذ جسيما بالقدر الكافي , و بهذا يكون استعماله للدفع متفقا و مبدأ حسن النية . أما إذا لم يكن عدم التنفيذ كبيرا بالقدر الكافي , فيكون استخدام هذا الحق مخالفا لمبدأ حسن النية .

و أساس الدفع بعدم التنفيذ" بحسب الرأي السائد فقها هو فكرة السبب , فلا يجوز إجبار متعاقد على تنفيذ التزامه إذا لم يتحقق الغرض الذي يسعى إليه و هو تنفيذ من تعاقد معه لالتزامه المقابل . فالالتزامات في العقود الملزمة للجانبين تبادلية , بحيث يتعاصر تنفيذ الأطراف لالتزاماتهم . فكما أن الارتباط بين الالتزامات المتقابلة يبرر لأحد العاقدين أن يطلب الفسخ عند عدم قيام المتعاقد الأخر بتنفيذ التزامه , فانه يبرر من باب أولى الحق في وقف تنفيذ التزامه إلى أن يقوم المتعاقد الأخر بتنفيذ التزامه ".[1]

و التمسك بعدم التنفيذ لا يحتاج إلى اعذار المتعاقد الأخر , و يسري هذا الدفع بحق الغير إذا كان هذا الغير قد كسب حقه بعد ثبوت الحق في التمسك بالدفع . فللبائع المتمسك بالدفع أن يمتنع عن تسليم المبيع ليس للمشتري فقط , بل للمشتري الثاني الذي اشترى من المشتري الأول حتى و لو كان حسن النية لا يعلم بالتمسك بالدفع , و إن كان له الرجوع على المشتري الأول بما أصابه من ضرر . و هذا يسري بالنسبة لأي شخص رتب له المشتري الأول حقا عينيا على الشيء بعد تمسك البائع بالدفع بعدم التنفيذ .[2] "و يمكن تعليل ذلك بأن المشتري لم ينقل إلى خلفه حقوقا أكثر مما له ".[3]

و للتمسك بعدم التنفيذ يجب توافر خمسة شروط , يمكن استخلاصها من نص المادة (203) من القانون المدني الأردني و المادة (161) من القانون المدني المصري :

---

([1]) السرحان و خاطر , مصادر الحقوق الشخصية , مرجع سابق , ص 255_ ص256 .
([2]) هرجه , مصطفى , العقد المدني , مرجع سابق , ص 608 .
([3]) السنهوري , مرجع سابق , ص 837 – ص838 .

**الشرط الأول** : أن يكون العقد ملزما للجانبين كعقد البيع وعقد الإيجار , فلا يوجد دفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة لجانب واحد .

**الشرط الثاني** : أن يمتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه , أو ينفذه جزئيا أو تنفيذا معيبا بقدر يبرر اللجوء إلى الدفع بعد التنفيذ . فلا وجه لاستعمال الدفع بعدم التنفيذ إذا نفذ المتعاقد التزامه كاملا أو بشكل جوهري .

**الشرط الثالث** : أن يكون الالتزام الذي لم يتم تنفيذه التزاما مستحق الوفاء , فإذا كان الالتزام مقترنا بأجل لم يحل فلا يجوز للمتعاقد الأخر أن يتمسك بعدم التنفيذ ." فالبائع الذي أعطى آجلا للمشتري لدفع الثمن لا يستطيع أن يتمسك بعدم التنفيذ , وان يمتنع عن تسليم المبيع بحجة عدم قيام المشتري بدفع الثمن . و الأجل المقصود هنا هو الأجل الذي يتقرر بالاتفاق , أما إذا كان الآجل عبارة عن نظرة الميسرة التي منحها القاضي للمدين فانه لا يحول دون التمسك بالدفع بعدم التنفيذ . كما لا يجوز الدفع بعدم التنفيذ إذا كان أحد الالتزامين قد اصبح التزاما طبيعيا , كما لو سقط بالتقادم , لان مثل هذا الالتزام غير واجب الأداء" .[1]

**الشرط الرابع** : أن يكون المتعاقد المتمسك بالدفع حسن النية , أي أن لا يتعسف باستعمال الدفع كما لو كان هو المتسبب بعدم التنفيذ , أو أن يتذرع الدافع بتنفيذ جزئي أو معيب للتخلص من التزاماته , فلا يجوز التمسك بالدفع لسوء نيته هنا . إذ يجب أن يكون عدم التنفيذ مهما بالقدر الكافي حتى ينهض دليلا على حسن النية في استخدام الدفع .[2] فصاحب الحق بالدفع ملزم وجوبا بان يمارس الحق بالدفع بعدم التنفيذ بطريقة تتفق ومبدأ حسن النية. و تطبيقا لهذه الفكرة لا يجوز للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزام أساسي و جوهري في العقد , حتى يقوم المتعاقد

---

([1]) الصدة , نظرية العقد , مرجع سابق , ص 608 .
([2]) الرفاعي , الالتزام بالتسامح , مرجع سابق , ص 38 .

الأخر بتنفيذ التزام ثانوي و قليل الأهمية بالنسبة للالتزام الأول . مثل ذلك انه لا يجوز للمستأجر أن يمتنع عن دفع الأجرة حتى يقوم المؤجر بترميمات بالعين المؤجرة .[1]

**الشرط الخامس** : ألا يكون المتعاقد المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ملزما بمقتضى العقد أو القانون أو العرف أن ينفذ التزامه قبل تنفيذ الالتزام المقابل . فالمقاول ملزم أن يؤدي عمله قبل مطالبته بالأجر , و كذلك الحال بالنسبة للعامل فانه لا يستطيع أن يدفع بعدم التنفيذ لحصوله على الأجرة , لأنه ملزم بمقتضى العقد أن يؤدي عمله ثم يحصل على الأجر .

فإذا تحققت الشروط الخمسة السالفة الذكر , فانه يجوز للمتعاقد أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ , إذ أنه في هذه الحالة يستعمل وسيلة قانونية و ضعها المشرع لكل متعاقد . فإذا ما استعملت وفق الشروط السابقة وبطريقة تتفق و حسن النية , تحقق الغاية من وضعها و تساهم في تنفيذ العقد تنفيذا صحيحا . و لا يحتاج الدافع بعدم التنفيذ لرفع دعوى أمام القضاء للتمسك بالدفع , بل له أن يتمسك به سواء طلب منه أداء ما عليه وديا أم قضائيا إذا ما توافرت شروط التمسك به .

و يعتبر شرط توافر حسن النية لدى الدائن المتمسك بالدفع في مرتبة تكاد تطغى على جميع الشروط الأخرى , حيث أن أساس هذا الحق هو مبادئ العدالة و المنطق التي تحتم أن يكون من حق الشخص الملتزم بتنفيذ التزام ما أن يمتنع عن تنفيذه , ما دام الطرف الآخر لم يقم بتنفيذ الالتزام المقابل . فلا يتعسف الدائن في استعمال هذا الحق بنية الإضرار بمدينه أو الإثراء على حساب ذلك المدين بلا سبب مشروع , لذا كان اشتراط توافر حسن النية في الدائن ضابط لحماية المدين من تعسف الدائن . و بالتالي فان تمتع الدائن المتمسك بالدفع بحسن النية يجعله جديرا بحماية المشرع له أثناء ممارسته لحقه في الدفع أما عدم توافر هذا الشرط يعني حرمانه

---

[1] الصدة , نظرية العقد , مرجع سابق , ص 608- ص609 .

من هذا الحق .[1] و قد أيدت محكمة النقض المصرية هذا عندما قررت " لا يكفي للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ان يكون العقد ملزما للجانبين , و ان الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه واجب التنفيذ حالا , بل يجب إلى جانب ذلك ألا يساء استعمال الدفع , فلا يباح للعاقد ان يتمسك به ليمتنع عن تنفيذ التزامه إذا كان ما لم ينفذ من الالتزام المقابل ضئيلا لدرجة لا تبرر هذا الموقف , الذي لا يكون متفقا مع ما يجب توافره من حسن النية , و إنما يكفيه في هذه الحالة إنقاص التزامه إلى الحدود العادلة التي تتناسب مع ما لم ينفذ من الالتزام المقابل ".[2]

و جدير بالذكر انه من خلال الفترة التي يدفع فيها المتعاقد بعدم التنفيذ , فان العقد يتوقف و لا ينتج أثرا , فإذا كان التزامه دفع مبلغ من النقود فانه لا يدفعه , وإذا كان التزامه القيام بعمل فانه لا يقوم به . كما أن الدفع بعدم التنفيذ يوقف العقد فوري التنفيذ دون نقص في مقداره . و لكن هذا لا يسري بالنسبة لعقود المدة حيث إن وقف التنفيذ فيها , يؤدي إلى نقص في مقدار الأداء الواجب بقدر الزمن الذي أوقف فيه التنفيذ . و لا تترتب على المتمسك بالدفع أية مسؤولية عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه في هذه الفترة , لأنه حسن النية و امتناعه عن التنفيذ كان مشروعا و بناء على جواز قانوني . وهو يتقدم على سائر الدائنين في اقتضاء حقه, إعمالا لنص المادة (391) من القانون المدني الأردني و التي نصت على أن "من احتبس الشيء في استعماله لحقه في احتباسه , كان أحق من باقي الغرماء في استيفاء حقه منه." و إذا هلك هذا الشيء يهلك على مالكه , كالمشتري مثلا و يلزم بدفع الثمن أيضا .

و يختلف الدفع بعدم التنفيذ عن الحق في الحبس , حيث إن الدفع بعدم التنفيذ يعتبر فرعا عن الحق في الحبس . فحيث يطبق الحق في الحبس في نطاق العقد الملزم للجانبين كان

---

(1) الرقاد , خلف , الحق في الحبس , مرجع سابق , ص 252 .
(2)عبد الرحمن , محمد حسن (1997 ) . أحكام الدفع بعدم التنفيذ على ضوء قضاء محكمة النقض , مطبعة النهضة العربية , القاهرة , مصر , ص 81 .

هذا هو الدفع بعدم التنفيذ , فإذا خرج عن هذا النطاق عاد حقا في الحبس لا دفعا بعدم التنفيذ . و إذا زال العقد بسبب الفسخ أو البطلان أو أي سبب أخر , و تعين على كل من المتعاقدين أن يرد ما استولى عليه للأخر , جاز لكل منهما أن يحبس ما أخذه ما دام المتعاقد الأخر لم يرد إليه ما تسلمه منه أو يقدم ضمانا لهذا الرد . و هذا أيضا حق في الحبس لا دفع بعدم التنفيذ لان العقد قد زال , فالدفع بعدم التنفيذ محصور بالعقود الملزمة للجانبين .[1]

و الدفع بعدم التنفيذ ينتهي إلى أحد أمرين , فأما أن يقوم المتعاقد الأخر بتنفيذ التزامه بطريقة تتفق وحسن النية , و بهذا يتحقق الهدف من الدفع بعدم التنفيذ و لا يعود هناك مبررا لاستمرار المتعاقد بالدفع بعدم التنفيذ . و إما أن لا يقوم المتعاقد الأخر بتنفيذ التزامه , عندئذ يكون للدافع عدة خيارات , فإما أن يراجع القضاء لإجبار المتعاقد الأخر على تنفيذ التزامه , و إما أن يبقى متمسكا بالدفع إلى حين تنفيذ الالتزام المقابل أو أن يطالب بفسخ العقد, و المطالبة بالتعويض إن لحقه ضرر أو كان له وجه .

هذا عن موقف المشرع الأردني و المصري من الدفع بعدم التنفيذ .أما في القانون الإنجليزي فان المتعاقد يلتزم بتنفيذ العقد بكل محتوياته بنية سليمة كما هو الحال في القانون الأردني و المصري , إذا توافرت للعقد شروطه .[2] و قد أجاز القانون الإنجليزي للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته العقدية إذا أخل المتعاقد الأخر بالتزامه , و يكون ذلك عندما يكون إخلال المتعاقد بالتزامه إخلالا جوهريا .[3] إذا فان الدفع بعدم التنفيذ يكون للمتعاقد الحق في استعماله , عندما يقوم العقد صحيحا و مستوفيا لشروطه و ملزما للجانبين كالبيع و الإيجار . و من ثم يرتكب أحد المتعاقدين إخلالا جوهريا في تنفيذه لالتزاماته العقدية , فيكون للمتعاقد الأخر

---

(1) السنهوري , الوسيط في شرح القانون الجديد , مرجع سابق , ص 829_ص830 .
(2) Anson , William , principles of The English law of contract , forth edition , State journal Company , page 159 . London , England ,
(3) العنبكي , مبادئ العقد , مرجع سابق , ص 129 .

الحق بالدفع بعدم التنفيذ , و هو باستعماله لهذا الحق لا يعد سئ النية أو متعديا , بل انه يستعمل حقه الذي منحه إياه القانون , وعليه لا يكون للمتعاقد أن يلجأ إلى الدفع بعدم التنفيذ إذا كان الإخلال الواقع ضئيلا .

و حتى يكون الدفع بعدم التنفيذ مشروعا يجب التمسك به عندما يكون الإخلال بالعقد كافيا , أي أن المتعاقد الدافع لا يستطيع التمسك بالدفع إذا كان عدم التنفيذ الحاصل من قبل المتعاقد الأخر ثانويا بالنسبة لمجموع ما نفذ من الالتزام , و حتى يكون استعمال الحق بالدفع بعدم التنفيذ قانونيا يجب أن يكون الإخلال جوهريا .[1] و هذا ما يعد تطبيقا غير صريح لمبدأ حسن النية , إذ أن المتعاقد الذي يمتنع عن التنفيذ , بسبب إخلال بسيط في تنفيذ التزامه قياسا لما تم تنفيذه , يعد سئ النية لأنه تعسف في استعمال حقه و قصد الإضرار بالمتعاقد الأخر و التملص من التزاماته عن طريق التمسك بالدفع .

و قد قضى القضاء الإنجليزي تأكيدا لما سبق , بأنه يمكن للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه مادام المتعاقد الأخر لم ينفذ التزامه بشكل كامل , إلا إذا كان المعقود عليه قابل للتجزئة أو أن يكون أحد الأطراف قد نفذ التزامه , أو أن يكون المتعاقد الأخر قد نفذ التزامه بصورة شبه كاملة , أي أن الجزء غير المنفذ قليل قياسا مع الجزء المنفذ , ففي هذه الحالات لا يستطيع المتعاقد الدفع بعدم التنفيذ .[2] و إخلال المتعاقد بتنفيذ التزامه يعطي المتعاقد الأخر المتضرر الحق بالمطالبة بالفسخ و التعويض , و في حال لم يستعمل حقه بالفسخ فانه يبقى ملزما بالعقد [3].

(1) الرفاعي , الالتزام بالتسامح , مرجع سابق , ص 26- ص29 .

(2)Keenan , Denis , English law , page 288_293 .

(3) Treitel , G.H , . (1999) . The law of Contarct , tenth edition , Sweet and Maxwell , london , England , page 783 .

كان هذا موقف المشرع الأردني والمشرع المصري وموقف القانون الإنجليزي من الدفع بعدم التنفيذ و هو واحد تقريبا . أما فيما يتعلق بإمكانية تعديل العقد اتفاقا أو قانونا , ومدى صلاحية القاضي في هذا التعديل , و دور مبدأ حسن النية في الرقابة على هذا التعديل, فهو موضوع المبحث التالي .

## المبحث الثالث : لزوم تنفيذ العقد دون تعديل

إن العقد شريعة المتعاقدين يجب تنفيذه بحسن نية وفق ما ورد فيه من شروط , و هذا التنفيذ لا يكون صحيحا إلا إذا شمل العقد بنطاقه المحدد آنفا و بدون تعديل , فقد أوجب المشرع الأردني في المادة (241) من القانون المدني انه" إذا كان العقد صحيحا لازما , فلا يجوز لأحد العاقدين الرجوع فيه و لا تعديله و لا فسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص في القانون ". و قد نصت المادة (147) من القانون المدني المصري على نفس المضمون تقريبا , حيث قررت بأن العقد شريعة المتعاقدين , و لا يجوز تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي قررها القانون .

و قد جاء في المذكرة الإيضاحية الملحقة للمادة (241) من القانون المدني الأردني , "أن هذه المادة تتناول القاعدة العامة و هي أنه لا يجوز لأحد طرفي العقد أن يستقل بالرجوع عن العقد أو تعديله أو فسخه , إلا برضا العاقد الأخر أو بمقتضى نص في القانون إذا كان العقد لازما ", لان العقد بمجرد تكونه بشكل قانوني سليم , يتحول إلى شريعة و قانون خاص بالمتعاقدين , يتحتم عليهما الخضوع لأحكامه و تنفيذ التزاماتهما العقدية تنفيذا كاملا غير منقوص و بدون تعديل و بطريقة تتفق و حسن النية .

يتضح من النصوص السابقة أن الأصل أنه لا يجوز التعديل أو الفسخ أو الرجوع عن العقد . و لكن استثناء يمكن أن يتفق المتعاقدون على نقض العقد أو تعديله , بشرط مراعاة ما يوجبه مبدأ حسن النية في مثل هذه الاتفاقات من انتفاء للغش و الاستغلال أو الإرادة المعيبة و غير ذلك مما يتعارض مع مبدأ حسن النية . و الاستثناء الثاني على الأصل العام الذي يقضي بلزوم تنفيذ العقد دون تعديل , هو وجود نص قانوني يسمح بمثل هذا التعديل . كما هو الحال بالنسبة للشروط التعسفية في عقد الإذعان ففي مثل هذه الحالة أعطى المشرع الأردني للقاضي صلاحية التعديل في شروط العقد بطريقة تتفق وحسن النية و تتفق و اعتبارات العدالة . لذلك فقد قسمت هذا المبحث إلى مطلبين المطلب الأول : إمكانية تعديل العقد بنص القانون و المطلب الثاني : إمكانية تعديل العقد بالاتفاق .

**المطلب الأول : إمكانية تعديل العقد بنص القانون**

الأصل انه لا يجوز للقاضي في تفسيره و تكملته للعقد أن يصل إلى حد تعديل العقد الصحيح و اللازم و الخروج على الإرادة المشتركة والقوة الملزمة للعقد . و مع هذا فقد أجاز المشرع الأردني و المشرع المصري للقاضي تعديل شروط العقد الصحيح و اللازم في حالات معينة , كاستثناء على القوة الملزمة و وجوب تنفيذ العقد بكل ما ورد فيه و بكل مستلزماته و بطريقة تتفق و حسن النية . و حيث إن العقد يتأثر بفكرة حسن النية و فكرة العدالة , فقد نص المشرع الأردني على العديد من الحالات التي يجوز للقاضي فيها أن يعدل في مضمون العقد , إلا انه في غير هذه الحالات لا يجوز للقاضي نقض العقد أو تعديله أو الموافقة على الرجوع فيه إلا في الأحوال التي أجاز فيها المشرع ذلك , و بغير ذلك يجب على القاضي أن يحكم بتنفيذه كما هو , و يراقب تنفيذه بطريقة تتفق ومبدأ حسن النية .

و قد حدد المشرع الأردني للقاضي الحالات التي يستطيع فيها تعديل العقد دون اشتراط موافقة أطرافه , و التي سيتناولها الباحث تباعا في هذا المطلب . كوجود شروط تعسفية في العقد تخل بالتوازن العقدي و منح المدين آجلا للوفاء و غيرها من الحالات , التي يعدل فيها العقد لمصلحة أحد المتعاقدين دون التوقف على إرادة المتعاقد الأخر بل بناء على نص قانوني , فلا يقتصر إمكان تعديل العقد على الاتفاق .

**أولا: الشرط التعسفي:**

من الحالات التي يجيز فيها القانون تعديل العقد , وجود شروط تعسفية في العقد الذي تم بطريق الإذعان . فقد نصت المادة (204) من القانون المدني الأردني على انه" إذا تم العقد بطريق الإذعان و كان العقد قد تضمن شروطا تعسفية , جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفقا لما تقضي به العدالة , ويقع باطلا كل اتفاق خلاف ذلك ".[1] و قد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون الأردني إيضاحا لهذا النص , "أن المشرع خول المحكمة الحق في إعادة التوازن بين المتعاقدين , إذا كان العقد عقد إذعان و تضمن شروطا تعسفية . فأعطى المحكمة الحق في أن تعدل من هذه الشروط التعسفية تعديلا يخفف العبء الواقع على عاتق الطرف المذعن أو تعفيه منها حسبما تقضي العدالة . و لضمان تنفيذ هذا النص , لم يكن من مناص من النص على بطلان كل اتفاق بخلاف ذلك باعتباره من النظام العام ".

و بإعطاء المشرع هذه السلطة للقاضي في تعديل الشروط التعسفية , يكون قد وسع من مهمة و صلاحية القاضي في تفسير العقد . و لا قيد على هذه السلطة إلا ما تفرضه العدالة و مبدأ حسن النية من ضرورة إعادة التوازن إلى العقد , فله أن يعدل في شروط العقد و يعيد

---

([1]) تقابلها المادة(149) من القانون المدني المصري , و هي مطابقة للنص الأردني .

التوازن إلى العقد أو حتى أن يلغي ذلك الشرط و يعفي الطرف المذعن منه بإبطاله , و القاضي بهذا يوفر الحماية للطرف المذعن من سوء نية الطرف الأخر , ذلك أن كل شرط تعسفي يتعارض مع مبدأ حسن النية . حيث إن مبدأ حسن النية يفرض أن يكون هناك نوع من التوازن بين المتعاقدين , و السماح للمتعاقد القوي في عقد الإذعان أن يفرض شرطا تعسفيا, أمر يخل بالتوازن العقدي و يتعارض مع مبدأ حسن النية , لذلك أعطيت هذه الصلاحية للقضاء , وصلاحية تقدير كون الشرط تعسفيا لمحكمة الموضوع بحسب الظروف.[1]

و لا يجوز سلب هذه الصلاحية من القاضي أي صلاحية تعديل شروط العقد التعسفية بالاتفاق . كما لو اتفق الطرفان على عدم جواز التنصل من الشروط التعسفية , حيث أن مثل هذا الاتفاق باطل لمخالفته للنظام العام . و قد جعلت هذه السلطة أو الصلاحية من النظام العام , لأنها تحد من أي تعسف أو تسلط من قبل أحد المتعاقدين على الأخر عبر عقود الإذعان , و ذلك لأنها تمثل حق الرقابة الذي يمارسه القاضي على هذه العقود , بحيث إذا عرض عليه تظلم متعاقد من شروط مرهقة أو تعسفية في العقد , واضطر تحت وطأة الحاجة أو بسبب احتكار السلعة أو الخدمة المقدمة أن يذعن لها , أن يبادر القاضي بإجراء رقابته المؤدية إلى إبطال تلك الشروط أو إبطال العقد برمته , إذا حصل تعسف في فرضها أو كانت مخالفة أو معطلة لحقوق أحد أطرافها .[2]

**ثانيا : نظرة الميسرة :**

و نظرة الميسرة التي يمنحها القاضي للمدين حسن النية , تعتبر من الحالات التي يجوز فيها للقاضي تعديل شروط العقد . على خلاف الأصل من أن الالتزام واجب الأداء و

---

([1]) الطعن رقم 388 , سنة 57 ق, جلسة 1989/12/12 . . شعلة , سعيد احمد (1998) . قضاء النقض المدني في التعويض1931_1997 , دار الفكر الجامعي , القاهرة , مصر , ص 130 .
([2]) العوجي , مصطفي , العقد , مرجع سابق , ص 104 .

التنفيذ بمجرد ترتبه ما لم يكن مضافا إلى أجل أو معلقا على شرط . فقد نصت المادة (334) من القانون المدني الأردني في فقرتها الأولى على انه" يجب أن يتم الوفاء فورا بمجرد ترتب الالتزام نهائيا في ذمة المدين , ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك ". و في فقرتها الثانية على انه" يجوز للمحكمة في حالات استثنائية إذا لم يمنعها نص في القانون , أن تنظر المدين إلى اجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه إذا استدعت حالته ذلك , ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم ".[1]

فالأصل انه مادام الالتزام مستحق الأداء و غير مؤجل أو معلق على شرط , فانه يجب الوفاء به فورا . إلا أن المشرع الأردني و المشرع المصري أجازا للقاضي أن يعدل في شروط العقد , بحيث يمنح المدين آجلا معقولا أو آجالا إذا كان حسن النية , دون أن يلحق الدائن من ذلك ضررا جسيما . و المقصود بحسن النية هنا أن يكون إخلال المدين قليل الأهمية بالنسبة لمجمل ما تم تنفيذه أو أن للمدين عذرا في تأخره في التنفيذ , فلم يقصد الإضرار بالمتعاقد الأخر و لم يهمل في الوفاء بالتزامه و لم يكن قد اخطأ في تفسير التزامه العقدي .

" وحيث أنه لا يجوز إعفاء المدين من تبعة غشه أو خطئه الجسيم , لذا كان من الضروري إذا ما أريد منح المدين نظرة الميسرة أن يكون حسن النية بالمعيار الذاتي _بمعنى أن يلتزم بما تفرضه عليه القوة الملزمة _ فلا يتعمد الإضرار بالمتعاقد الأخر فلا يرتكب غشا أو خطئا جسيما أو أي فعل يتنافى وحسن النية ".[2] و يقول الأستاذ السنهوري في هذا الصدد "أن القانون يجزي المتعاقد حسن النية فيما يتعلق بتنفيذ العقد , فيمنح المدين نظرة الميسرة . أما إذا كان في عدم تنفيذه غير معذور أو أهمل إهمالا واضحا رغم اعذار الدائن له قبل رفع الدعوى , فان للقاضي

---

([1]) تقابلهاالمادة(346) من القانون المدني المصري .
([2]) الشواربي , عبد الحميد , مرجع سابق , ص 38 .

أن يحكم بفسخ العقد .(1) فلا يمنحه آجلا للوفاء عندها لسوء نيته . و على أي حال فقد منح المشرع الأردني القاضي صلاحية منح المدين هذا الآجل لينفذ فيه التزامه إذا استدعت حالته ذلك . و لا قيد عليه في ذلك إلا قيد التزام المدين بحسن النية , و قيد الضرر الجسيم الذي قد يلحق بالدائن . فإذا ثبت للقاضي أن المدين سئ النية قصد الإضرار بالمتعاقد الأخر , أو أن منح مثل هذا الأجل سيلحق بالدائن ضررا جسيما , فيجب على القاضي الامتناع عن إعطاء المدين هذا الآجل , لان مصلحة الدائن أولى بالرعاية في مثل هذه الحالة , فليس من العدل إغاثة المدين عن طريق الإضرار البليغ بالدائن .(2) " و الغاية من النص على قيد الضرر الجسيم لمنح المدين حسن النية اجل , هي محاولة التوفيق بين مصلحة الدائن و مصلحة المدين , ذلك أن تأخير الوفاء إلى اجل جديد قد يضر بالدائن ضررا جسيما , كأن يكون معولا على استيفاء هذا الدين وإلا تعرض للإفلاس . ففي هذه الحالة يجب عدم إمهال المدين لان إمهاله يترتب عليه إلحاق ضرر جسيم بصاحب الحق , و تقدير ما إذا كان الضرر جسيما أم لا أمر متروك للقاضي ".(3)

**ثالثا : الشرط الجزائي :**

كما أجاز المشرع الأردني للمحكمة أن تعدل مقدار الشرط الجزائي الذي حدد المتعاقدان فيه قيمة الضمان سلفا , و اعتبرا هذا التحديد جزءا لا يتجرأ من العقد . فيجوز للقاضي أن يعدل في شروط العقد في حال وجود شرط جزائي , فقد يتفق الأطراف في أحد شروط العقد على تعويض الدائن عن أي إضرار بسبب التأخر أو عدم التنفيذ . وهذا التعويض قد يزيد أو ينقص عن الضرر الواقع فعلا , فيتدخل القاضي من خلال سلطته في تعديل شروط

---

(1) السنهوري , مرجع سابق , ص 701 .
(2) الفار , عبد القادر (2001) . أحكام الالتزام , أثار الحق في القانون المدني , الطبعة السادسة , دار الثقافة , عمان , الأردن , ص 37.
(3) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني , ص 379 .

العقد فيزيد أو ينقص من قيمة التعويض بحيث يجعله مساويا للضرر الحاصل فعلا . و يكون للقاضي أن يصل بالتعديل حد إلغاء الشرط الجزائي , إذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر من عدم الوفاء أو التأخر في التنفيذ .

و قد نصت المادة(364) من القانون المدني الأردني في فقرتها الأولى "على انه يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة الضمان بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون . و في فقرتها الثانية قررت انه يجوز في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساويا للضرر , و يقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك".[1] و جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني الملحقة بهذه المادة , انه "يفترض في هذا الحكم , أن يستحق التعويض فإذا لم يكن مستحقا فلا محل لحكم هذه المادة . فإذا استحق التعويض و كان مساويا للضرر كان به , أما إذا كان أزيد ينقصه القاضي أو كان اقل يجعله القاضي مساويا للضرر , و إذا ثبت أن الدائن لم يتضرر فان المحكمة لا تحكم بالتعويض و يقع باطلا كل اتفاق خلاف ذلك" .

إن الشرط الجزائي كغيره من شروط العقد ملزم للمتعاقدين مهما كانت قيمته , سواء كانت قليلة تنفي المسؤولية أو كبيرة تفوق حجم الضرر الواقع فعلا . لكن التسليم بهذا يعني انتفاء حسن النية و الإنصاف , و إجازة و إقرار لتعسف و استغلال من قبل أحد المتعاقدين للأخر , بان فرض عليه شرطا ينفي مسئوليته أو يحمل الطرف الأخر تعويضا مرهقا و غير عادل . و يفترض هنا أن المتعاقدين حددا سلفا في العقد أو في اتفاق لاحق مقدار التعويض أو

---

([1]) تقابلها المادة (223_225) من القانون المدني المصري .فقد نصت المادة ( 223 ) على انه يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق . و نصت المادة ( 224) في الفقرة الأولي على انه لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا إذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر . و في فقرتها الثانية و يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا اثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيره أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه . و يقع باطلا كل اتفاق يخالف الفقرتين السابقتين . و كذلك نصت المادة(225) انه إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة , إلا إذا اثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما .

الضمان قبل وقوع الضرر . لذلك أعطى المشرع للقاضي صلاحية تعديل شروط العقد في سبيل حماية المتعاقد من سوء نية المتعاقد الأخر , و حفاظا على التوازن العقدي و إبقاء التزامات المتعاقدين متوازنة و متعادلة . فإذا كان ما حدده المتعاقدان من تعويض مساويا للضرر الواقع , فان المحكمة تقر هذا التعويض و تحكم به , أما إذا كان غير مساو للضرر , فان المحكمة تزيد فيه أو تنقص منه حتى يصبح مساويا للضرر . و قد قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه" يجوز في كل الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التعويض مساويا للضرر فعلا , و يقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك عملا بأحكام المادة (364) من القانون المدني , وحيث إن المميزة أخلت بالتزامها بتوريد الكميات المتعاقد عليها في المواعيد المحددة و لم تثبت عدم وقوع الضرر , و طالما أن شروط عقد التوريد و الشرط الجزائي وضعت لمنع تأخير توريد المواد المستوردة , فيكون احتساب مدة التأخير و فرض الغرامة المتفق عليها في محله و موافقا للقانون" .[1] كما و قد قضت محكمة النقض المصرية "أن تعديل شرط التعويض الاتفاقي يدخل في صلاحيتها الموضوعية و لا رقابة لمحكمة النقض عليها . حيث قررت انه متى كان يتبين من الحكم أن المحكمة لم تأخذ بشرط التعويض الجزائي المتفق عليه في العقد , و قدرت التعويض الذي طلبت المطعون عليها الحكم به على الطاعنين بمبلغ معين , بناء على الاعتبارات التي استمدتها من واقع الأوراق المقدمة في الدعوى , و رأت معها انه تعويض عادل مناسب للضرر الذي لحق بالمطعون عليها , فان هذا الذي أخذت به المحكمة لا عيب فيه لدخوله في سلطتها الموضوعية" .[2]

جدير بالذكر أن هذا الحكم في القانون الأردني يختلف عنه في القانون المصري , و ذلك من حيث أن القاضي الأردني يمكنه أن يزيد في التعويض الاتفاقي أو ينقصه إلى أن يصبح

---

([1]) تمييز حقوق , 99/2141 , مجلة نقابة المحامين , العدد العاشر و الحادي عشر , لسنة 2001 , ص 2206 .

([2]) الطعن رقم 10 لسنة 20 ق جلسة 1952/3/27 . شعلة , سعيد احمد (1998) . قضاء النقض المدني في التعويض1931_1997 , دار الفكر الجامعي , القاهرة , مصر , ص 304 .

مساويا للضرر الفعلي الحاصل , ومن مزايا منح القاضي هذه الصلاحية أنها تمكنه من تحقيق العدالة من خلال تقدير الضرر الفعلي بزيادته أو إنقاصه , بحيث لا يظلم أي من الطرفين . في حين انه لا يمكن للقضاء المصري أن يزيد في قيمة التعويض إلا إذا أقام الدائن الدليل على سوء نية المدين بان اثبت الغش أو الخطأ الجسيم من جانبه . و إن كان له الحق في إنقاص التعويض , إذا كان يزيد عن الضرر دون حاجة لإثبات الغش أو الخطأ الجسيم . و نظرا لأهمية هذا الحكم فقد اعتبره المشرع الأردني و المشرع المصري من النظام العام , فلا يجوز الاتفاق على خلافه أو استبعاد حكمه إذ أن مثل هذا الاتفاق باطل .

و بتقرير المشرع لامكانية هذا التعديل على مقدار التعويض المحدد في العقد , يعود التوازن إلى العقد . هذا التوازن الذي كان سيختل إذا ما حصل أحد المتعاقدين على الضمان المسمى في العقد بالرغم من عدم تضرره أو حصوله على تعويض اكثر من الضرر الفعلي , حيث أن إمكانية تعديل مقدار التعويض يفوت الفرصة و يسد الثغرة التي يمكن أن يستغلها أحد المتعاقدين للحصول على مكاسب على حساب المتعاقد الأخر , و في هذا إعمال لمبدأ حسن النية و تطبيق لوجوب تنفيذ العقد بحسن نية .

**رابعا: نظرية الظروف الطارئة :**

" و حيث أن تنفيذ العقد يقوم على رعاية مقتضى العدالة في تحديد حقوق و واجبات أطرافه ",[1] فيمكن للقاضي أن يعدل في شروط العقد إذا ظهرت ظروف استثنائية غير متوقعة, لا شأن لأحد المتعاقدين بوقوعها , أدت إلى حدوث اختلال في التوازن العقدي . فجعل المشرع الأردني في مثل هذه الأحوال للقاضي أن يعدل في شروط العقد و أن يعيد التوازن إلى العقد من خلال تعديله لتلك الشروط .

(1) معوض , محمود , دور القاضي في تعديل العقد , مرجع سابق , ص 199 .

و قد تبنى المشرع الأردني و المشرع المصري هذه النظرية . و إن كان هناك اختلاف حول أساس هذه النظرية , فقد قيل أن أساسها قاعدة وجوب تنفيذ العقد بحسن نية و قيل انه مبدأ الإثراء بلا سبب , وقيل انه نظرية التعسف باستعمال الحق , و قيل أيضا أن هذا الأساس هو العدالة .[1] و مهما يكن فان الغاية من هذه النظرية مواجهة الظروف الاستثنائية المستجدة التي أخلت بالتوازن العقدي , لاعادة الحال إلى ما كان عليه قدر الإمكان و التخفيف من الإرهاق الذي يقع على أحد المتعاقدين , فلا يتحمل متعاقد تبعة هذه الظروف الطارئة دون أخر.

و قد بين المشرع الأردني الأحكام الخاصة بهذه الظروف الاستثنائية في المادة (205) من القانون المدني الأردني , حيث نصت على انه" إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها , و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي و إن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين و يهدد بخسارة فادحة , جاز للمحكمة تبعا للظروف و بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين , أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك , و يقع باطلا كل اتفاق خلاف ذلك" .[2] فإذا كان الأصل انه لا يجوز لاحد طرفي العقد أن يستقل بنقضه و تعديله , كما لا يجوز للقاضي أن يجري أي تعديل على شروط العقد , فقد استثنى المشرع الأردني في هذه المادة اقتداء بالمشرع المصري حالة الطوارئ غير المتوقعة من نطاق تطبيق القاعدة التي تحجر على القضاء تعديل العقود . حيث أن هذه النظرية تستجيب لحاجة ملحة تقتضيها العدالة , و ضمن المشرع لها استقرارا من خلال اعتماد توجيه موضوعي النزعة و لم يتركه لتقدير القاضي الشخصي , باشتراط أن تكون هذه الظروف عامة استثنائية و غير خاصة بالمدين , فإذا تثبت القاضي من الطارئ غير المتوقع عمد إلى رد الالتزام إلى الحد المعقول . و نظرية الظروف الطارئة في هذا تختلف عن حالة القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ

(1) الصدة , نظرية العقد , مرجع سابق , ص 479 .
(2) تقابلها المادة (2/147) من القانون المدني المصري , و هي مطابقة حرفيا للنص الأردني .

الالتزام مستحيلا , بينما في الأحداث الاستثنائية يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا و ليس مستحيلا .(1) و هذه الحوادث الاستثنائية الطارئة حوادث عامة ليست من الحوادث التي تقع عادة , إنما تقع على سبيل الاستثناء أي ليست مما هو السير العادي للأمور, ومن هنا فان التبدل المألوف في أسعار السلع و المواد اللازمة للتنفيذ و ارتفاع أجور الأيدي العاملة و أجور الخدمات , لا تدخل في إطار الحوادث الاستثنائية لوقوعها في دائرة التوقع .(2) و قد قضت محكمة النقض المصرية بان" قوام نظرية الظروف الطارئة في معنى المادة (147) من القانون المدني و على ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة , هو أن يكون الحادث استثنائيا و غير متوقع الحصول وقت انعقاد العقد . و المعيار في توافر هذا الشرط معيار مجرد مناطه ألا يكون في مقدور الشخص العادي أن يتوقع حصوله إذا وجد في ذات الظروف عند التعاقد , دون اعتداد بما وقع في ذهن هذا المدين بالذات من توقع الحصول أو عدم توقعه" .(3)

و قد حدد المشرع الأردني شروط تطبيق هذه النظرية في المادة(205) سابقة الذكر , أي الشروط الواجب توافرها ليكون للقاضي صلاحية التعديل في شروط العقد , و هي نفس الشروط التي اعتمدها المشرع المصري لإعمال أحكام هذه النظرية . و هذه الشروط هي أولا: أن يمر بعض الوقت بين انعقاد العقد و تنفيذه , و ثانيا : ظهور ظروف استثنائية عامة كالحرب أو الزلازل تجعل تنفيذ المدين لالتزامه مرهقا دون أن يصير مستحيلا . و على هذا الأساس تستبعد ظروف المدين الخاصة كمرضه أو إفلاسه , و هو ما يحول بين الدائن و سوء نية المدين كغشه بادعائه غير الواقع , ذلك أن فكرة الإرهاق فكرة موضوعية لا ينظر فيها إلى ظروف المدين .(4)

---

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني , الجزء الأول , ص 242- ص243 .
(2) المومني , احمد , التزامات صاحب العمل و انقضاء المقاولة , مرجع سابق , ص 143 .
(3) الطعن رقم 1297 , سنة 56 ق , جلسة 1990/11/29 . شعلة , سعيد (1997) . قضاء النقض في التامين , 1931 _ 1995 , منشأة المعارف , الإسكندرية , ص 74 .
(4) السرحان و خاطر , مصادر الحقوق الشخصية , مرجع سابق , ص 256 .

و الشرط الثالث :هو أن تكون هذه الظروف الاستثنائية غير متوقعة عند إبرام العقد و لا يمكن تفاديها .

تجدر الإشارة إلى أن هذه النظرية تسري على جميع العلاقات التعاقدية التبادلية , فلا بد أن يكون هناك عقد قائم بين متعاقدين حتى يمكن الأخذ بها حال قيام أسبابها .[1] و بتوافر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة يكون للقاضي تعديل العقد تبعا للظروف , و بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين بما يحقق العدالة , و يكون ذلك برد الالتزام إلى الحد المعقول و تنفيذه بحسن نية ضمن ذلك . و لا قيد على القاضي في نوع التعديل الذي يجريه على شروط العقد , إلا ما تمليه العدالة من تحقيق للتوازن العقدي بين مصالح الطرفين . و يكون التعديل بإنقاص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول أو زيادة الالتزام المقابل , بشكل تتوزع فيه الخسارة بين الدائن و المدين , وقد يكون ذلك بوقف التنفيذ بعض الوقت , لان الحادث المفاجئ مقدر له الزوال في زمن قريب بشرط أن لا يكون في وقف التنفيذ ضرر جسيم للدائن . و إذا تخير القاضي إنقاص الالتزام المرهق أو زيادة الالتزام المقابل , فلا يكون لذلك اثر بالنسبة للمستقبل بل فقط بالنسبة للوقت الحاضر , بمعنى انه إذا زال اثر الظرف الطارئ بعد الحكم تعين استرجاع العقد بكامل حكمه .[2] و يراعى في ذلك أن الخسارة التي توزع بين الدائن و المدين هي الخسارة غير المألوفة , أما الخسارة المألوفة فيتحملها المدين وحده . و في كل الأحوال لا يجوز للقاضي أن يفسخ العقد , فالسلطة المخولة للقاضي هي رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول , فتتوزع بذلك تبعة الحادث الطارئ بين الطرفين , أما الفسخ فلا يجوز أنه يؤدي إلى أن يتحمل الدائن وحده تبعة الحادث .[3]

---

([1]) المومني , التزامات صاحب العمل , مرجع سابق , ص 143 .
([2]) سلطان ,أنور , مصادر الالتزام , مرجع سابق , ص 236 .
([3]) الصدة , عبد المنعم , نظرية العقد , مرجع سابق , ص 487_ ص488.

و مما يجدر ذكره أن تعديل العقد برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول من النظام العام , و يقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك . فلا يجوز أن يشترط أحد المتعاقدين عدم مسئوليته عن الظروف الطارئة و عدم تحمله تبعتها إذا ما وقعت سواء في ظل القانون الأردني أو القانون المصري , أو أن يتعسف الدائن في مطالبته للمدين بتنفيذ التزاماته كاملة , كما اتفق عليها عند إبرام العقد رغم الظروف الاستثنائية , أو أن يرفض تحمل نصيبه من تبعة هذه الظروف , فمثل هذه التصرفات و الاتفاقات غير قانونية و مخالفة للنظام العام و تتعارض و حسن النية.

**خامسا : عقد السلم :**

كما يكون للمحكمة في عقد السلم تعديل العقد عند استغلال حاجة المزارع و هي الحالة التي أشارت إليها المادة (538) من القانون المدني الأردني . فإذا استغل المشتري في السلم حاجة المزارع , فاشترى منه محصولا مستقبلا بسعر أو بشروط مجحفة . ففي هذه الحالة أعطى المشرع البائع الحق باللجوء إلى القضاء لطلب تعديل السعر أو الشروط بصورة يزول معها الإجحاف , و بهذا يكون المشرع قد خول القاضي بان يعدل عقد السلم دون أن يكون لارادة المتعاقد اثر في ذلك . ويقع باطلا كل اتفاق أو شرط يقصد به إسقاط هذا الحق سواء أكان شرط في عقد السلم أو كان في صورة التزام منفصل أيا كان نوعه .

يتضح من هذه الاستثناءات القانونية على القاعدة القائلة انه لا يجوز للقاضي أن يعدل في العقد , أن المشرع الأردني و كذلك المشرع المصري في كل الحالات السابقة الذكر قد اشترطا حسن نية المتعاقد كما في منح نظرة الميسرة , أو افترضا حسن نية المتعاقد كما في عقد الإذعان بالنسبة للشروط التعسفية . إذ إن جميع هذه الاستثناءات تهدف للحفاظ على التوازن العقدي باعتباره أحد الأسس التي يقوم عليها مبدأ حسن النية , وان أي اختلال في التوازن العقدي يتعارض و حسن النية .

أما في القانون الإنجليزي فيرى الباحث بالاستناد إلى طبيعة هذا القانون "القائم على السوابق القضائية " ,[1] انه لا يمكن القول بان كل تعديل يجرى على العقد بغير اتفاق الأطراف هو تعديل بنص قانوني , و ذلك للدور التشريعي الذي يلعبه القضاء الإنجليزي , لذلك سأصطلح على هذا النوع من التعديل على شروط العقد التعديل غير الاتفاقي و الذي يتم دون الرجوع لارادة المتعاقدين , لتمييزه عن التعديل الاتفاقي . مع ضرورة الإشارة إلى أن مصدر صلاحية القاضي في القانونين الأردني و المصري هي التشريع و النص القانوني , فلا يجوز له أن يعدل في العقد إلا بنص يخوله ذلك . بينما في ظل القانون الإنجليزي فان القاضي له صلاحية التعديل دون حاجة لنص قانوني يخوله بذلك , بالاستناد إلى مبادئ العدالة و طبيعة النظام القانوني السائد هناك القائم على السوابق القضائية , و إن كان من الممكن أن يوجد نص يخوله حق التعديل في اتفاق الأطراف .

" فقد حاول القضاء الإنجليزي الحد من اثر شروط الإعفاء من المسؤولية أو الحد منها على الطرف الضعيف , حيث انه و إن كان للمتعاقدين الحرية في وضع بنود اتفاقاتهم , إلا أن ضرورات الحياة أدت إلى ظهور نوع جديد من العقود كعقود الإذعان و التي يقوم الطرف القوي فيها بإملاء شروطه . و تطبيق القواعد العامة للعقد على تلك الحالات لا يحقق العدالة , بسبب غياب الحرية التعاقدية من جانب المستفيد . لذلك فقد حاولت المحاكم الإنجليزية التخفيف من وطأة هذه الشروط الاعفائية , إذ أوجبت على المتعاقد القوي أن يشعر المتعاقد الأخر بوجود شرط الإعفاء ولفت انتباهه له, و أن لا تكون شروط الإعفاء غير محددة المدى, و إلا فان المحكمة تلغي هذا الشرط .فقضت بتعديل الشرط و إلغاءه في قضية ( 1877parker) و التي ادعى فيها المسافر بوساطة سكة الحديد انه فقد حقيبته و التي تقدر قيمتها (24) جنيه , و

---

([1]) القوني , مرجع سابق , ص 29 .

كانت شركة سكة الحديد قد حددت مسئوليتها في العقد عن فقدان أي شئ بعشرة جنيهات , فما كان من المحكمة إلا أن ألزمت الشركة بقيمة الحقيبة الحقيقة (24) جنيه, و ألغت الشرط الوارد في العقد. و كما قرر قانون بيع البضائع 1979 بأنه إذا كانت هناك فقرة تعفي البائع من مسئوليته عن العيوب الخفية , فان ذلك لا يشمل شرط صلاحية المبيع للغرض الذي اعد من اجله" .[1]

كما يكون للمحكمة أن تعدل في قيمة الشرط الجزائي إذا كان ذو طبيعة عقابية أو تهديدية ,[2] فهناك نوعين من التعويض الاتفاقي في القانون الإنجليزي تعويض يكون بقدر الخسارة أو الضرر الواقع فعلا , و أخر جزائي يكون مبالغا فيه اكثر من الضرر بكثير, أو أن يكون دفع المبلغ الأقل مضمونا بدفع مبلغ اكبر . و عليه إذا كان التعويض المقدر في العقد للضرر أو الخسارة المحتملة مساويا للضرر الفعلي , فان المحكمة لا تقدم على تعديله . أما إذا كان الشرط الجزائي عقابيا أو تهديديا , فانه يمكن للقاضي و بناء على طلب المتعاقد أن يعدل المبلغ المتفق عليه ليكون مساويا للخسارة الحاصلة فعلا . و مع هذا فإنه ليس للمحكمة أن تعدل التعويض الاتفاقي المتفق عليه بالعقد بالزيادة , حتى لو ثبت أن نتائج الإخلال به كانت أكثر أو أكثر جدية مما توقعه الطرفان , حيث إن التعديل يقتصر على التعويض ذي الطبيعة الجزائية [3].

و يكون للمحكمة أن تعدل في شروط العقد في حالة الغلط , إذا كان العقد المكتوب لا يعبر بدقة عن الاتفاق الذي تم حقيقة بين المتعاقدين , إذ للمحكمة أن تصوب وثيقة العقد المكتوبة بحيث تعبر عن حقيقة ما قصده المتعاقدان , و رفع اثر الغلط إلا أن هذا لا يكون في

---

(1) العنبكي , مبادئ العقد , مرجع سابق , ص 123- ص125 .
(2) الفار , عبد القادر , أحكام الالتزام , مرجع سابق , ص 64 .
(3) شيشر و فيفوت (1976) . جزاء الإخلال بالعقد , التعويض و التنفيذ العيني و التقادم , ترجمة هنري رياض , الطبعة التاسعة , دار الجيل , بيروت , لبنان , ص 71_ ص82 .

حال كان الغلط بسبب إهمال المدعي أو إهمال و تقصير محاميه . و حيث أن من يرغب بتعديل العقد بسبب الغلط , عليه أن يثبت حقيقة الاتفاق الذي تم بين المتعاقدين , و أن هذا الاتفاق الذي كتب لا يتفق أو يتطابق مع حقيقة الاتفاق الأصلي , عندها تحكم المحكمة بتعديل العقد .[1] و تصححه بصورة تجعل منه معبرا عن النية الحقيقية , ثم تنفذه بصورته المصححة.[2]

أما فيما يتعلق بنظرية الظروف الطارئة فان القانون الإنجليزي لا يأخذ بها بنفس الطريقة التي اخذ بها القانون الأردني أو القانون المصري , حيث أن المتعاقدين لهم أن يتفقوا على مسؤولية كل متعاقد عن تنفيذ التزاماته , بالرغم من أية ظروف قد تقع أثناء تنفيذ العقد . حيث أن المحكمة ليس لديها صلاحية تعديل العقد في ظل الظروف الاستثنائية إلا إذا تضمن العقد شرطا بذلك متفق عليه بين المتعاقدين يسمح لها بهذا التعديل . فالطرف المدين في العقد لا يعفى من التزاماته لمجرد أن تنفيذ العقد اصبح مستحيلا أو اكثر إرهاقا بسبب حوادث غير متوقعة , ذلك أن الالتزام التعاقدي مطلق , و إذا رغب أحد الطرفين بحماية نفسه من الصعوبات اللاحقة على إبرام العقد , فعليه أن يشترط تلك الحماية بنص صريح في العقد , و هذا ما يطلق عليه الفقه العقود المطلقة( Absolute Contract ) . و مع هذا فان الاستحالة تؤدي إلى انقضاء الالتزام بالرغم من أي اتفاق في عدة حالات , أولا: عندما يكون هناك تغيير في القانون , فقد يكون العقد عند إنشائه قانونيا و لكنه قد يصبح غير قانوني بعد فترة و ينقضي استنادا إلى ذلك. ثانيا: عندما يهلك شئ معين , كليا أو جزئيا , يكون ضروريا لتنفيذ . ثالثا : عندما يكون العقد معتمدا على حدوث واقعة معينة و لا تحدث هذه الواقعة . رابعا : عندما يظهر تغيير أساسي في الظروف , و التي تتعلق بأصل العقد و تمس جذوره , وعليه فان التأخير في التنفيذ

---

[1]) Major , . W . Taylor , .(1996) . Law of Contract , Ninth Edition , Pitman publishing , London England , page 140 .

([2]) العنبكي , مبادئ العقد , مرجع سابق , ص 80 .

أو زيادة كلفة التنفيذ لا تعتبر كافية لتحقيق الاستحالة .[1] و من ذلك أن القانون الإنجليزي لا يعتبر أن ارتفاع الأسعار بشكل كبير ظرف طارئ , يجيز للمتعاقد المتضرر أن يعدل في التزامه أو يحمل المتعاقد الأخر جزءا من خسارته , إلا إذا اتفق الطرفان على ذلك . كما يمكن للمتعاقدين كما سلف أن يتفقوا من البداية على من يتحمل نتائج الاستحالة أو الظرف الطارئ , حيث إن مثل هذا الاتفاق جائز و قانوني .[2] إلا أن تعديل العقد لا يقتصر على تعديله بنص قانوني أو سابقة قضائية , بل يمكن للمتعاقدين أن يتفقوا على تعديله , وهذا هو موضوع المطلب الثاني.

## المطلب الثاني : إمكانية تعديل العقد بالاتفاق

كما اسلف الباحث فان العقد بمجرد انعقاده على الوجه القانوني ينتج أثره و يتمتع بالقوة الملزمة , و يتحول إلى قانون خاص بالمتعاقدين يحتم عليهما تنفيذ التزاماتهما بكل

---

([1]) العنبكي , نفس المرجع , ص 168 .

([2]) Treitel , The law of contract , page 819_821 .

مستلزماتها و ضروراتها بدون تعديل و بطريقة تتفق و مبدأ حسن النية . فالأصل أن ينفذ العقد تماما كما اتفق عليه , فمن غير الجائز للقاضي أو للمتعاقد أن ينفرد بتعديله أو يفرض على المتعاقد الأخر تعديله , حيث إن المتعاقدين أبرما العقد و ارتضياه لأنه يحقق غايتهما ومصلحتهما بتوازن و عدالة . و قد أكدت محكمة التمييز الأردنية هذا الأمر حين قررت أن " قيام سلطة إقليم العقبة بإلغاء اتفاقية استثمار قطعة ارض المعقودة بينها و بين الشركة المميزه من طرف واحد و ذلك تنفيذا للقرار الصادر عن مجلس الوزراء , يعتبر فسخا للاتفاقية من طرف واحد خلافا لأحكام المواد (199, 201 , 241 ) من القانون المدني,بالرغم من أن الشركة المميزه التزمت بتنفيذ الاتفاقية بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية مما يتوجب معه إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد , والحكم للمدعية بالتعويض الذي تستحقه ."[1] فلو سمح المشرع لأي متعاقد أن يعدل العقد أو ينقضه منفردا لما استقرت المعاملات , و لعجز العقد عن أداء مهمته كأداة لتبادل المنافع , لذلك كان الأصل العام عدم جواز نقض العقد أو تعديله إلا بالاتفاق أو بنص قانوني كما سبق القول في المطلب الأول.

و قد قرر المشرع الأردني جواز تعديل العقد باتفاق المتعاقدين , وهذا ما يظهر من نص المادة (241) من القانون المدني ,حيث أجازت تعديل العقد الصحيح اللازم بالتراضي و اتفاق الأطراف .[2] و يتم تعديل العقد بالتراضي باتفاق المتعاقدين , إما بالاتفاق على التعديل بعد إبرام العقد أو باتفاقهما عند التعاقد على إعطاء هذا الحق لأحد المتعاقدين , و قد يكون التراضي على التعديل الدوري , بان يقرر المتعاقدان في شرط عقدي أن الالتزامات تعدل بشكل دوري , كأن يتفق أن يرفع المتعاقدان بدل الإيجار بنسبة معينة من البدل الأصلي . و في أحيان أخرى عندما يكون العقد ممتدا و يقع ما يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد , يضمن المتعاقدان العقد شرطا

---

([1]) تمييز حقوق 1509/ 1999 , الموسوعة الالكترونية , مرجع سابق .
([2]) تقابلها المادة (1/147) من القانون المدني المصري .

يعطي الحق لكل منهما أن يطلب خبيرا لتقييم التزامات كل طرف , بقصد إعادة التوازن لعلاقتهما بتعديل العقد . و التعديل في هذه الحالة عبارة عن شرط يبين طريقة معينة لتعديل العقد , دون حاجة لاتفاق لاحق بشأن التعديل .[1]

و قد يتم التعديل الاتفاقي بموجب اتفاق جديد لاحق للعقد , كأن يتفق البائع و المشتري أثناء تنفيذ العقد على منح المشتري آجلا للوفاء بالثمن . فالأصل أن يدفع المدين الثمن حال تسلمه المبيع بموجب أحكام العقد . و لكن فيما بعد و بعد إبرام العقد تم الاتفاق بين المتعاقدين على أن يقوم المشتري بدفع الثمن مثلا دفعة واحدة , أو يقوم بدفعها على أقساط شهرية . هذا الاتفاق الجديد يشكل تعديلا للعقد الأول بالتراضي , و القواعد التي تطبق على إبرام العقد الأصلي هي نفسها التي تطبق على الاتفاق اللاحق , خاصة الأحكام الخاصة بسلامة الإرادة من العيوب , و وجوب الالتزام بحسن النية سواء في إبرام الاتفاق اللاحق أم تنفيذه . إذ أن تعديل العقد أمر لا يتعارض مع مبدأ حسن النية , طالما انه قد جرى بالتراضي و التوافق بين المتعاقدين و ضمن أحكام القانون و لم يتعارض مع النظام العام و الآداب . و في جميع الأحوال فان التعديل الذي تم إجراؤه تنطبق عليه المادة (202) من القانون المدني الأردني , و التي تقضي بوجوب تنفيذ العقد بحسن نية بكل ما ورد فيه و بكل مستلزماته . فالمتعاقد ملزم بتنفيذ ما اتفق عليه وهو أثناء ذلك يلتزم أن لا يقدم على أي عمل يشكل غشا أو تعسفا أو يخل بتوازن العلاقة العقدية , و أن يراعي في تنفيذه التعديل المتفق عليه كل ما تمليه عليه القوة الملزمة للعقد من وجوب تنفيذ التزامه و وفق الأصول القانونية و الأخلاقية .

و يتفرع عن فكرة عدم جواز التعديل إلا بالاتفاق , فكرة عدم جواز انفراد أحد المتعاقدين بالتعديل . و على أي حال فانه لا يمكن للمتعاقد أن ينفرد بتعديل عقد ملزم لجانبين أو ملزم

---

([1]) السرحان و خاطر , مصادر الحقوق الشخصية , مرجع سابق , ص 260 .

لجانب واحد, و إن عدله فان هذه التعديل بحكم العدم و لا يعترف به القانون , و لا قيمة لانفراد المتعاقد بالتعديل و لا لمطالبته بتنفيذ هذا التعديل .حيث إن العقد يحتفظ بقوته الملزمة و يبقى ملزما طالما انه لم يتعدل باتفاق المتعاقدين , فالمتعاقدان هما من ابرما العقد وكوناه و هما معا من يعدلاه .

كما هو الحال في القانون الأردني و المصري فان العقد في القانون الإنجليزي ملزم للمتعاقدين و يجب عليهما تنفيذه بدقة كأصل , حتى و لو لم يهتم المتعاقد بقراءة العقد أو أهمل في ذلك فانه يبقى ملزما بتنفيذ ما ترتب على ذلك العقد إلا إذا تبين وجود غش أو تقديم بيان كاذب .(1) و لما كان الطرفان قد دخلا في علاقتهما العقدية اتفاقا , فان ذلك يستتبع قدرتهما على تحرير أنفسهما من التزاماتهما السابقة في العقد الأصلي بإبرام عقد لاحق له .(2) فطالما أن العقد ينشأ باتفاق المتعاقدين فمن حقهما تعديله بالاتفاق بينهما .(3) فإذا أراد أحد المتعاقدين إنهاء العقد أو تعديله و رفض المتعاقد الأخر فإن العقد يبقى قائما و يجب تنفيذه .(4)

فقد يتفق الأطراف على تعديل كل ما اتفقوا عليه من شروط بإحلال عقد مكان آخر بنفس الشروط , كما لا يوجد ما يمنع من أن يقوم المتعاقدان بالاتفاق على جواز أن يعدل العقد بناء على رغبة أحدهما , أو أن يتفقا على طريقة معينة للتعديل كما في مثال رفع الأجور دوريا الذي ذكرناه السابق . سواء أكان التعديل بالعقد نفسه أم باتفاق لاحق . و أيا كان شكل التعديل فان تنفيذه يجب أن يتم بصورة تتفق و مبدأ حسن النية .

---

(1) Smith , J . C , The law of Contract , page 16 .

(2) العنبكي , مبادئ العقد , مرجع سابق , ص 162 .

(3) Richareds , paul , law of Contract , page 185 .

(4) Keenan , Denis , English law , page 288_293 .

و قد قضى القضاء الإنجليزي بأنه يجوز للمتعاقدين أن يجريا التعديل وفق ما يرايانه مناسبا و أجاز القضاء ذلك التعديل , فقد قرر انه حيث تعذر على المستأجر دفع الأجرة الأصلية بسبب ظروف الحرب , فان تراضي المتعاقدين على تعديل البند الخاص بالأجرة بسبب الحرب , و ذلك بخفضها لحين انتهاء الحرب صحيح .(1)

و يمكن للمتعاقدين أن يتفقا على إحلال عقد محل عقد و هو ما يعرف بالدمج (Merger) حيث يظهر الدمج عندما يكون هناك عقد بسيط , ثم قام الطرفان لاحقا بإنشاء عقد أخر شكلي متضمنا كل شروط العقد السابق , فهنا يقال أن العقد قد ادمج , و تكون الحقوق التي نشأت بموجب العقد قد حلت مكانها الحقوق التي أنشئت بموجب العقد الجديد.(2)

## الفصل الثالث

## *حسن النية في تنفيذ العقد بالنسبة للأشخاص في القانون المقارن*

إغلاقا لدائرة البحث سيتناول الباحث في هذا الفصل و هو الأخير حسن النية في تنفيذ العقد بالنسبة للأشخاص الذين يتأثرون بتنفيذ العقد و أثاره , و بيان ذلك في القانون الأردني

(1) Smith , J . C , The law of Contract , page 77 .

(2) العنبكي , مبادئ العقد , مرجع سابق , ص 189 .

خاصة و في القانون المصري و القانون الإنجليزي , و ذلك من خلال مبحثين : المبحث الأول: التزام المتعاقدين و الخلف بحسن النية , و قد قسم هذا المبحث إلى مطلبين : تناول في المطلب الأول : التزام المتعاقدين بحسن النية , حيث أن المتعاقدين هما من يكونا العقد , وهما من يتلقى الحقوق الناشئة عن العقد مباشرة , و هما الملزمان بتنفيذ الالتزامات المنبثقة عن العقد كافة, فكان من الطبيعي أن يلزمهم القانون بتلقي الحقوق العقدية بحسن نية , و أن يلزمهم بتنفيذ التزاماتهم بطريقة تتفق و حسن النية .

و تناول المطلب الثاني: التزام الخلف بحسن النية , فقد يموت أحد المتعاقدين أو كلاهما و لكن العقد لا يتوقف بوفاة المتعاقد , بل يبقى ساريا و تمتد آثاره إلى الخلف القائم مقام السلف في تلقي الحقوق الناشئة عن العقد و في تنفيذ الالتزامات التي رتبها العقد . و كما الزم المشرع الأردني المتعاقد السلف بتنفيذ العقد بطريقة تتفق وحسن النية , فانه قد الزم الخلف أيضا بان ينفذ الالتزامات المنبثقة عن العقد التي لم ينفذها سلفه بطريقة تتفق وحسن النية . و قد قسم هذا المطلب إلى فرعين : الفرع الأول التزام الخلف العام بحسن النية , حيث أن آثار العقد لا تقتصر على المتعاقدين بل تتجاوزهم إلى من يخلفهم خلافة عامة عن طريق الميراث أو الوصية, سواء أكان الوارث الوحيد أم انتقل إليه حق من التركة , و هذا الخلف العام ملزم أن ينفذ في حدود ما آل إليه الالتزامات المترتبة في ذمته و بطريقة تتفق و حسن النية . أما الفرع الثاني: فهو التزام الخلف الخاص بحسن النية , وهو من يخلف المتعاقد السلف بالحقوق الشخصية التي تتصل بشيء معين آل إليه من السلف . والخلف الخاص يتلقى حقوقا انتقلت إليه مع الشيء الذي انتقل إليه , لأنها متصلة بهذا الشيء و مكملة له , و هو ملزم بحسن النية عند تلقيه هذه الحقوق, و عند تنفيذه لأي التزامات قد تترتب عليه .

أمـا المبحـث الثـاني : التـزام الغيـر و الـدائن بحسـن النيـة , و قـد قسـم هـذا المبحـث إلـى مطلبين: المطلب الأول : يبحث فـي اثـر حسن النيـة بالنسبة للدائن , فالمتعاقد قد يكون مـدينا لشخص ثالث, وهو في علاقته بهذا الدائن , عليه واجب التقيد بحسن النية , وهذا ما سيأتي بيانه لاحقا . أما المطلب الثاني: فيتناول اثر حسن النية بالنسبة للغير , والغير هو الذي لم يكن طرفا في العقد و لا خلفا لأحد المتعاقدين , أي هو الأجنبي عن العقد , و القاعدة العامة أن العقد لا يفيد الغير و لا يضره , لان إرادته لم تنصرف إليه . و لكن هناك استثناءات على هذه القاعدة , حيث قد ينتفع الغير من العقد و قد يلتزم بعقد أجراه سواه , كما في الاشتراط لمصلحة الغير و التعهد عن الغير . و الغير أيضا عليه واجب الالتزام بحسن النية سواء في تلقي الحقوق أم في تنفيذ الالتزامات , وهذا ما سيأتي تفصيله .

## المبحث الأول : التزام المتعاقدين و الخلف بحسن النية

كمـا أسـلف الباحـث فقـد ألزمـت القـوانين الثلاثـة الأردنـي و المصـري و الإنجليـزي المتعاقد بـان ينفذ التزاماته وفق مـا يمليه مبدأ حسن النيـة , وذلك بـان يمتنـع عن كل مـا يضـر بالمتعاقد الأخر إهمالا أو عمدا أثناء تنفيذ العقد , و أن يتقيد بما تفرضـه القوة الملزمة من وجوب

تنفيذ الالتزام وفقا للأصول القانونية و الأخلاقية . إلا أن هذا الالتزام بحسن النية لا يقتصر فقط على المتعاقدين , بل يمتد إلى خلفهما العام و الخاص , حيث أن الخلف العام و الخاص ملزم بتنفيذ التزاماته بطريقة تتفق و حسن النية . و سيتعرض المبحث لهذا بالتفصيل من خلال مطلبين : الأول : التزام المتعاقدين بحسن النية و الثاني : التزام الخلف بحسن النية.

## المطلب الأول

## التزام المتعاقدين بحسن النية

إن المقصود بالمتعاقد ذلك الشخص الذي يقدم على إبرام العقد بالمحتوى الذي ارتضاه مع المتعاقد الأخر و ضمن حدود القانون . و حيث أن العقد يرتب حقوقا لكل متعاقد و يفرض عليه التزامات بنفس الوقت , فان المتعاقد يكون دائنا بحقوقه و مدينا بالتزاماته , والمطلوب من كل متعاقد أن يأخذ حقوقه و ينفذ التزاماته بحسن نية .

و بمجرد انعقاد العقد صحيحا لازما ينتج أثره ما لم ينص القانون على غير ذلك , فتصبح حقوق كل متعاقد مستحقة الأداء و واجبة التنفيذ . إذ أن العقد شريعة المتعاقدين و قانونهما الخاص , و يتحتم على كل متعاقد أن يخضع لما تمليه عليه القوة الملزمة من وجوب تنفيذ العقد بالتزاماته الأصلية و الجوهرية و الفرعية غير الجوهرية و مستلزماتها حتى لو لم تذكر صراحة في العقد , فيجب أن يتم التنفيذ بالمدى و النطاق الذي حدده العقد و القانون , بصورة كاملة و وفق ما يوجبه مبدأ حسن النية . و الالتزام بهذا هو ما يجعل التنفيذ قانونيا و صحيحا . حيث أن المقصود بالتزام المتعاقد بحسن النية في تنفيذ العقد أن تتوافر لديه نية تنفيذ العقد وفق ما تمليه القوة الملزمة للعقد , و التقيد بالالتزامات التي تتفرع عن مبدأ حسن النية , كتنفيذه العقد مختارا و في اجله و حده من الخسارة التي قد تلحق بالمتعاقد الأخر إن كان بإمكانه, وعدم إهماله أو تراخيه أو تقاعسه في الوفاء بما التزام به , و غيرها من الالتزامات الضمنية التي يرتبها مبدأ حسن النية في ذمة المتعاقد دائنا أو مدينا ." فيقدم المتعاقد على تنفيذ التزامه بما يطابق نية الطرفين عند التعاقد , و طبقا للأمانة و الثقة المتبادلة التي يستوجبها شرف التعامل . فمن مقتضيات مبدأ حسن النية أن ينفذ العقد طبقا للغرض الحقيقي الذي رمى إليه المتعاقدان, فالبائع يجب أن يسلم إلى المشتري المبيع مع ملحقاته و أن يسلم كل ما اعد لاستعماله , و ذلك طبقا لما تقضي به طبيعة الأشياء و العرف و قصد المتعاقدين" .(1) و الالتزام بحسن النية واجب على كلا المتعاقدين , فلا يقبل من أحد المتعاقدين أن يغش أو أن يتعسف أو أن يسئ استعماله لحقه , بل يستعمله وفق ما يمليه مبدأ حسن النية حتى يكون تنفيذه لالتزامه قانونيا . كما يعتبر تنفيذ المتعاقد لالتزامه بشكل يخل بالتوازن العقدي , متعارضا مع ما يفرضه حسن النية , سواء أكان ذلك بتعمد أم بإهمال , كما لو تواطأ مع غيره لإلحاق الضرر بالمتعاقد الأخر .

---

(1) منصور , محمد حسين , أحكام الالتزام , مرجع سابق , ص 20 .

إن إخلال المتعاقد بالتزامه كقاعدة عامة يتعارض مع حسن النية , باستثناء بعض الحالات التي حددها المشرع و التمس فيها عذرا للمتعاقد حسن النية الذي أخل بالتزامه دون تقصير و دون توافر نية الإضرار بالمتعاقد الأخر , كما هو الحال بالنسبة للمتعاقد الذي يمنح نظرة الميسرة . و بغير مثل هذه الحالات فان المتعاقد الذي لا ينفذ التزامه عمدا أو إهمالا بشكل كلي أو جزئي , يعتبر سئ النية و تقوم مسؤوليته . و مع هذا و إن كان من حق الدائن أن يطالب بحقه , فان هذا يجب أن يتم بحسن نية دون تعسف , فلا يطالب بالتنفيذ الحرفي للالتزام أو يقيم دعوى للمطالبة بمصلحة زهيدة و هدفه من ذلك إلحاق الضرر بالمتعاقد الأخر . ليس هذا فقط فان من واجب الدائن حسن النية أن يوفر كل ما يلزم للمدين لتمكينه من تنفيذ التزامه وفقا للعادي و المألوف , و أن لا يضع العوائق أمامه بقصد زيادة كلفة التنفيذ , و أن لا يتعرض للمتعاقد الأخر بنفسه ماديا أو قانونيا . و قد أكدت محكمة التمييز الأردنية هذا المعنى , عندما قررت" أن قيام المؤجر بمنع المستأجر من الانتفاع بالمأجور أثناء سريان الإجارة يرتب الضمان على المؤجر بالمسؤولية العقدية , حيث إن المؤجر يضمن للمستأجر التعرض الصادر منه شخصيا سواء أكان ماديا أم قانونيا , كما يضمن التعرض الصادر من الغير" .(1) إذ أن الالتزام بحسن النية في تنفيذ العقد يوجب على المتعاقد ان يمنع نفسه من المساس بقانونية التنفيذ, من خلال عدم التعرض للمتعاقد الأخر في استيفاء حقه .

و كما أن الالتزام بحسن النية في التنفيذ واجب على المتعاقد الدائن , فهو واجب أيضا على المدين . ومن مظاهر التزام المدين بحسن النية أن يقوم بتنفيذ التزامه بأمانة و صدق فيؤدي التزامه في الأجل المضروب مختارا و بدون مماطلة و بشكل غير منقوص , و يبذل العناية الكافية في تنفيذ ما اتجهت النية المشتركة , فلا يتعمد عدم التنفيذ أو يهمل أو يتراخى في

---

(1) تمييز حقوق , 2004/344 , هيئة عامة , مجلة نقابة المحامين , العدد تموز و اب و ايلول , لسنة 2005 , ص 1386 .

ذلك , وإلا قامت مسئوليته و التزم بجبر الضرر ." فالميكانيكي مثلا بالإضافة لالتزامه بإصلاح المركبة وفقا للأصول الفنية و المهنية المتبعة , هو ملزم بحفظها في مكان لا تتعرض فيه للخطر أو الضرر ما دام قد أبقاها لديه , فإذا أهمل و قصر في حفظها فإنه يضمن ما يصيب المركبة من ضرر لسوء نيته و إهماله ".[1]

وقد قيد المشرع الأردني المتعاقد بما يفرضه مبدأ حسن النية عند استعماله لحقه في الفسخ القضائي , حيث ألزمت المادة (246) من القانون المدني الأردني المتعاقد الدائن أن يكون حسن النية في طلب الفسخ , فلا يطالب بالفسخ إذا كان المتعاقد الأخر قد نفذ أغلب التزاماته و لم يبق منها إلا القليل , إذ أن مطالبته بالفسخ في هذه الأحوال تدلل على سوء نيته . و بالرغم من أن القاضي لن يستجيب له , إلا أن المطالبة من قبله بالفسخ تتضمن نية خبيثة , لذلك فقد وفر المشرع الحماية من هذه النية , بأنه لم يلزم القاضي بإجابة طلب المتعاقد بالفسخ إلا ضمن شروط . و هذا هو عين موقف المشرع المصري .[2] حيث إن الحق في الفسخ يتحقق للدائن عندما يتخلف المدين عن الوفاء بما التزم به بالرغم من أن الوفاء لا يزال ممكنا ,حيث يكون للمتعاقد الدائن الخيار : بين المطالبة بتنفيذ العقد و بين طلب الفسخ على أن يكون قد اعذر المدين من قبل . فإذا اختار الدائن تنفيذ العقد و طلبه يدخل في حدود الإمكان , كما هو الفرض, تعين أن يستجيب القاضي لهذا الطلب , و جاز له أن يحكم بالتعويض إذا اقتضى الحال ذلك . أما إذا اختار الفسخ فلا يجبر القاضي على إجابته بل يجوز أن ينظر المدين إلى ميسرة إذا طلب إمهاله , مع إلزامه بالتعويض عند الاقتضاء , بل و يجوز له أن يقضي بذلك من تلقاء نفسه . و له كذلك لو كان التنفيذ جزئيا أن يقصر تعويض الدائن عما تخلف المدين عن تنفيذه , إذا كان ما تم تنفيذه هو الجزء الأهم في الالتزام . على أن للقاضي أن يجيب الدائن إلى

---

(1) المومني , احمد , التزامات صاحب العمل , مرجع سابق , ص 73 .
(2)المادة (157) من القانون المدني المصري .

طلبه , إذا كان المدين سئ النية و يقضي بفسخ العقد مع إلزام المدين بالتعويض دائما , إن كان ثمة محل لذلك . فالقاضي لا يحكم بالفسخ إلا بتوافر شروط ثلاثة : أن يظل تنفيذ العقد ممكنا و أن يطلب الدائن فسخ العقد دون تنفيذه و أن يبقى المدين على تخلفه , فيكون ذلك مبررا للقضاء بالفسخ , فإذا اجتمعت هذه الشروط تحقق بذلك ما ينسب إلى المدين من خطأ أو تقصير .[1]

و من حسن النية أيضا ما فرضه المشرع الأردني على المتعاقد من أن لا يتمسك بالغلط إلا وفقا لمبدأ حسن النية . و حيث أن للمتعاقد الذي وقع في الغلط في أمر مرغوب فيه كصفة في المحل أو في ذات المتعاقد أو صفة فيه , أن يفسخ العقد .[2] إلا أن المشرع قد اشترط حسن النية في ذلك المتعاقد لتمسكه بالغلط , فليس له أن يتمسك بالفسخ للغلط بسوء نية. و قد وضع المشرع الأردني و المشرع المصري للتمسك بالغلط قاعدة مفادها , انه" ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية , و يبقى ملزما بالعقد الذي قصد إبرامه إذا اظهر المتعاقد الأخر استعداده لتنفيذ هذا العقد ".[3] و يهدف المشرع من هذا إلى منع من قرر لمصلحته حق الفسخ لوقوعه في غلط معيب للرضا من أن يتعسف في استعمال هذا الحق , فلو أظهر المتعاقد الأخر استعداده لتنفيذ العقد كما أراده المتعاقد الذي وقع في الغلط فهذا الأخير يكون ملزما بالعقد , و لا يستطيع التهرب من تنفيذه بدعوى الغلط خلافا لمبدأ حسن النية . فلو اشترى شخص شيئا و هو يعتقد انه اثري و هو ليس كذلك , فانه يظل مرتبطا بالعقد إذا عرض البائع أن يعطيه الشيء الأثرى الذي قصد شرائه .[4] و تمسك المتعاقد بالفسخ للغلط رغم عرض المتعاقد الأخر محل العقد المتفق عليه يعتبر سوء نية , لذلك حرمه المشرع من ممارسة حقه بالفسخ في مثل هذه الحالة إعمالا لمبدأ حسن النية .

---

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني , الجزء الأول , ص 263- ص264 .
(2) المادة (153 ) من القانون المدني الأردني .
(3)المادة (156) من القانون المدني الأردني , و المادة(124) من القانون المدني المصري .
(4) السرحان و خاطر , مصادر الحقوق الشخصية , مرجع سابق , ص 143 .

و واجب حسن النية يفرض على المتعاقد إذا ما كان هناك اتفاق على منح المدين أجلا للتنفيذ أو كان هناك اتفاق على أن يبدأ أحدهما التنفيذ أولا , أن لا يستخدم الدفع بعدم التنفيذ طالما كان الأجل قائما لان منح المدين أجلا للتنفيذ يمنع استخدام الدفع . و بالتالي فانه لا يعد من حسن النية أن يعطي المتعاقد المدين أجلا ثم يدفع بعدم التنفيذ . و من المعروف أن الأجل القضائي لا يحول دون استخدام الدائن لحقه في الدفع بعدم التنفيذ , فيمكن للدائن أن يستخدم الحق في الدفع بالرغم من إعطاء المدين نظرة الميسرة , بالرغم من أن من شروط منح المدين نظرة الميسرة , أن تكون حالة المدين تستدعي منحه هذا الأجل , وان يكون حسن النية في تأخره في التنفيذ , بان يكون سئ الحظ مثلا غير متعمد عدم الوفاء و لا مقصرا فيه. و من هنا يتضح التناقض بين منح المدين نظرة الميسرة ثم في الوقت نفسه نسمح للدائن أن يستخدم الدفع بعدم التنفيذ , لذلك فان إقدام المتعاقد على الدفع بعدم التنفيذ رغم منح المدين الآجل يتعارض مع حسن النية , فعلى المتعاقد أن لا يدفع بعدم التنفيذ في مثل هذه الأحوال التي ينفصل فيها المعنى الأخلاقي لحسن النية عن القانوني , حيث أن تصرفه جائز قانونا و لكنه مدان أخلاقيا [1].

كما أن التزام المتعاقد بحسن النية يقتضي منه أن يمتنع عن اللجوء إلى الصورية سواء عند إبرام العقد أو عند تنفيذه , فالصورية بكل أشكالها لا تتفق و حسن النية . فأحيانا يلجأ المتعاقدان إلى اصطناع مظهر كاذب لم تتجه ارادتاهما إليه , كالمدين الذي يريد تهريب أمواله من وجه الدائنين بعقود وهمية مع احتفاظه بورقة الضد , و قصد المدين من كل ذلك إنقاص الضمان العام لحقوق الدائنين , وهذا ما يعرف بالصورية المطلقة . أما الصورية النسبية فتفترض وجود تصرف حقيقي و يقوم الأطراف بإخفاء جانب منه , و يكون هذا بطريق التستر أي ستر

---

([1])الرفاعي , الالتزام بالتسامح , مرجع سابق , ص 56 - ص57 .

التصرف الحقيقي بتصرف أخر غير حقيقي , كإخفاء الهبة بعقد البيع لجعل استعمال الدعوى البولصية أكثر صعوبة على الدائن . و أحيانا تكون الصورية بطريق المضادة و التي تجري على ركن أو شرط من شروط العقد , كأن يذكر المتعاقدان ثمنا في العقد مخالفا لما تم الاتفاق عليه , كما لو انقص الثمن للتهرب من رسوم التسجيل أو يضع ثمنا أكثر لمنع الشفيع من ممارسة حقه بالشفعة . و قد تكون الصورية بطريق التسخير بان يتفق المتعاقدان على إخفاء شخصية أحدهما وراء شخص أخر , إذا كان القانون يمنع ذا الشخصية المخفية من إبرام تصرفات معينة بسبب وظيفته , كشراء القاضي متسترا بشخص أخر أموالا ممنوعا من شرائها, لان القانون يمنعه من شراء الحقوق المتنازع فيها , و التي يكون نظرها من اختصاص المحكمة التي يباشر أعماله في دائرتها .[1]

و حيث أن الصورية تتعارض و أحكام القانون إذا كان الباعث عليها التحايل , فأنها لا تتفق و حسن النية على اعتبار أن من مقتضيات حسن النية عدم التحايل , فالذي يقدم على تصرف صوري يفترض انه سئ النية , خاصة أن الصورية في الغالب تخفي باعثا غير مشروع . حيث تتخذ كوسيلة لحرمان الدائن من الضمان العام لحقوقه , أو للتهرب من دفع الرسوم أو الضرائب أو لممارسة أعمال حرمت على أحد الأشخاص بحكم وظيفته و غيرها من حالات الصورية . و مما يبرر موقف المشرع هذا من الصورية ," أنها تتضمن في غالب الأحوال غشا نحو القانون فتخالف قاعدة من قواعد النظام العام , أو ترغب في تمكين المدين سئ النية من المساس بحقوق الدائنين العاديين من خلال التصرف الصوري الذي يؤثر على ضمانهم في الوفاء ".[2]

---

([1]) الفار , عبد القادر , أحكام الالتزام , مرجع سابق , ص 92-ص94.
([2]) العمروسي , انور (1997) . الوجيز في الصورية و ورقة الضد في القانون المدني , في نظر الفقه و المستحدث من قضاء النقض , دار محمود للنشر , القاهرة , مصر , ص 76 .

و قد حدد المشرع الأردني و المشرع المصري أحكام الصورية , و وفرا الحماية للغير حسن النية الذي يتأثر أو يتعامل بذلك العقد الصوري , و الذي سيأتي بحثه في المطلب الثاني من المبحث الثاني من هذا الفصل . و سيقتصر الحديث في هذا المطلب فيما يتعلق بالصورية , على بيان اثر حسن النية بالنسبة للمتعاقد الذي لا يعلم بصورية العقد الذي هو طرف فيه .

و قد بين المشرع الأردني حكم الصورية فيما بين المتعاقدين في المادة (369) من القانون المدني , و التي قررت انه " إذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين و الخلف العام هو العقد الحقيقي . لأنه يمثل النية الحقيقية للمتعاقدين , و ما دام أن العقد لا يتسبب بضرر لغيرهما و غير مخالف للنظام العام و الآداب فانهما يلتزمان بتنفيذه بحسن نية . على أي حال و حيث إن المتعاقد يلتزم بالعقد الحقيقي و ليس الصوري فيما بينه و بين المتعاقد الأخر ," فليس له أن يحتج على المتعاقد الأخر بصورية العقد و إن كان حقا للغير ".[1] و لعل الحكمة من ذلك رغبة المشرع في قطع الطريق على المتعاقد سئ النية , فلا يستفيد من سوء نيته باحتجاجه بعقد صوري هو طرف فيه .

و يدخل في التزام المتعاقد بحسن النية عدم لجوئه إلى التحايل لتحقيق منافع شخصية على حساب أحد المتعاقدين أو على حساب الغير . و في هذا الإطار اعتبر المشرع الأردني و المشرع المصري " كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت و يكون مقصودا به التبرع تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت , و تسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي أعطيت له ".[2] فإذا كان من حق الشخص أن يتصرف في حال حياته بماله معاوضة أو تبرعا و لو اضر بالورثة تعمدا أو دون تعمد , فانه ممنوع من أي تصرف يضر بهم مستقبلا عن طريق

---

([1]) الزعبي , محمد يوسف (1986) . مدى قوة تسجيل البيوع العقارية في سجل الأراضي الأردني , مجلة الدراسات , المجلد الثالث عشر , العدد التاسع , جامعة مؤته , الكرك , الأردن , ص 178-182 .
([2]) المادة (1128) من القانون المدني الأردني . و المادة (916) من القانون المدني المصري .

الوصية بما يزيد عن ثلث التركة , و يلحق به التصرفات التي يجريها في مرض الموت و نص القانون على إلحاقها بالوصية .(1) فأي تصرف يجري مع المريض مرض الموت , يفترض فيه سوء نية المتعاقد الأخر الذي تعاقد مع المريض مرض الموت , ذلك أن ذلك المريض لا يكون في حالة أهلية كاملة فيسهل التأثير عليه و حمله على تصرفات لا يريدها , بقصد تحقيق منافع للمتعاقد سيء النية على حساب غيره , لذلك فان مثل هذا التصرف يأخذ حكم الوصية سواء اتخذ صورة بيع أم إجارة أم أي تصرف أخر ما لم يثبت غير ذلك .

و ينطبق ذات الحكم إذا ما تصرف شخص لأحد ورثته و احتفظ بحيازة العين التي تصرف بها و بحقه بالانتفاع بها مدى الحياة , فإن مثل هذه التصرفات تضاف إلى ما بعد الموت , و تسري عليها أحكام الوصية ما لم يقم الدليل على غير ذلك .(2) و هنا فقد أوجد المشرع الأردني قرينة على سوء نية المتعاقد مع المريض مرض الموت , لذلك و حماية لكل من قد يتضرر من سوء نيته فقد اعتبرت مثل هذه التصرفات تبرعا يأخذ حكم الوصية , إذ لا وصية لوارث , و لا وصية بأكثر من الثلث إلا بإقرار الورثة .(3) و إثبات عكس هذه القرينة أي قرينة التبرع , يكون بان يثبت المتعاقد بأنه قد دفع مقابلا لما أخذه من المريض مرض الموت , و في مثل هذه الحالة يكون التصرف نافذا في حق الورثة , على أن هذا لا يكون إلا إذا كان المقابل معادلا لقيمة ما أعطاه , أما إذا كان المتصرف قد حاباه فالجزء المحابى به يأخذ حكم الوصية . و قد يتحايل الناس على قاعدة عدم نفاذ الوصية في ما زاد على الثلث إلا بإقرار الورثة , وكثيرا ما يكون عقد البيع هو الوسيلة إلى هذا التحايل , فيلجأ الطرفان إلى إظهار التصرف بمظهر البيع , فيذكر في العقد ثمن صوري لا يلتزم به المشتري في الحقيقة , و يعملان في الوقت نفسه

---

(1) أبو البصل , مرجع سابق , ص 304 .
(2) المادة(1128-1129) من القانون المدني الأردني , و المادة(917) من القانون المدني المصري.
(3) مع ضرورة الإشارة إلى أن القانون المصري لا يحرم الوصية لوارث بل اقتصر التحريم على عدم جواز الوصية بأكثر من الثلث سواء بالنسبة للوارث أو لغير الوارث . فلم ينص القانون المدني المصري على تحريم الوصية للوارث كما فعل القانون المدني الأردني.

على أن تبقى للبائع المزايا العملية للملكية , فيحتفظ البائع بالحق في الانتفاع بالعين المبيعة طوال حياته , بل و قد يمنع المشتري من التصرف بها مدى الحياة , وهي شروط جائزة حيث يصح شرط المنع إذا كان مبنيا على باعث مشروع و مقصور على مدة معقولة , فمثل هذه الشروط صحيحة إلا أنها تتخذ وسيلة للتحايل على القانون , لذا يتعين رد سعي المتحايلين عليهم .[1] و السبب الذي يقوم عليه تقييد تصرف المريض مرض الموت , يرجع إلى تعلق حق الورثة بأموال المريض من وقت المرض .[2]

و من حسن نية المتعاقد انه إذا كان مخولا و مؤتمنا على مصالح غيره من المتعاقدين أن يرعاها بأمانة و استقامة , فلا يلحق ضررا بها و لا يحقق منفعة لنفسه على حساب أصحاب هذه المصالح . كضمان المتعاقد المحترف لسلامة المنتج لمصلحة المستهلك , أي الالتزام بالعلم بعيوب المبيع و إزالتها حتى يتحقق فيه الأمان الذي توقعه المشتري عند استعماله , فالقضاء إزاء قصور النصوص التشريعية الخاصة بضمان العيوب الخفية , و عجزها عن الإحاطة بالأضرار التي قد يحدثها المبيع بعيوبه , خصوصا مع تطور الصناعة و ازدياد خطورة المنتجات التي تضعها تحت تصرف المستهلك , لم يجد بدا من إضافة التزام بالسلامة لمصلحة المستهلك .[3] و كما هو الحال في عقد الشركة حيث يلتزم الشريك ببذل عنايته في تدبير مصالحه الخاصة لتسير أعمال الشركة , إلا إذا كان يعمل بأجر فانه ملزم بان يبذل عناية الرجل المعتاد في ذلك . و من واجبه أن يمتنع عن أي تصرف يلحق ضررا بالشركة أو يخالف الغرض الذي أنشئت من اجله , و بإخلاله بالتزاماته هذه يعتبر سيء النية و تقوم مسئوليته عن أية أضرار يتسبب بها للمتعاقد

(1) العمروسي , أنور ( 2003) . البيوع الباطلة في القانون المدني , دار محمود للنشر , القاهرة , مصر , ص 239- ص240 .
(2) الفضل , منذر و الفتلاوي , صاحب (1996) . شرح القانون المدني الأردني , العقود المسماة , الطبعة الثانية , دار الثقافة , عمان , الأردن , ص 149 .
(3) القسي , عامر (2002) . الحماية القانونية للمستهلك , دراسة في القانون المدني و المقارن , الطبعة الأولي , دار الثقافة , عمان , الأردن , ص 56 .

الأخـر أو للغيـر .(1) حتـى أن التـزام المتعاقـد بحسـن النيـة يمتـد إلـى حالـة تعـارض مصــالح المتعاقدين , فبالرغم من وجود تعارض بين مصالح المتعاقدين , فان مبدأ حسن النية يفرض عليهما التعاون لتنفيذ العقد بحسب النية المشتركة للمتعاقدين ." فكما أن المؤمن يلتزم بان يقدم أسئلة واضحة و ومطبوعة للإجابة عنها بدقة و أمانة من قبل المؤمن له, إلا أن ذلك لا يعفي المؤمن له من الإدلاء بأية بيانات متعلقة بالخطر و لو لم تكن ضمن الأسئلة المطبوعة . و إن كانت الأسئلة المطبوعة تسهل إثبات غش المؤمن له و سوء نيته , في حال سكت عن الإجابة أو قدم إجابة كاذبة , ذلك أن توجيه أسئلة مطبوعة يدل على أهميتها بالنسبة للمؤمن لتقدير الخطر , لذلك فان سكوت المؤمن له أو تقديمه إجابة ناقصة أو غامضة قرينة على سوء نيته (2)."

و يظهر واجب المتعاقد بالالتزام بمبدأ حسن النية في عقد التامين بشكل واضح , من خلال الالتزام بالإعلام و الإفصاح عن المعلومات اللازمة لتقدير المخاطر و عن أية ظروف قد تزيد في احتمالية وقوع الخطر . حيث يلتزم المؤمن له بالإفصاح عن كل البيانات و المعلومات التي يهم المؤمن معرفتها , حيث نصت المادة (927) من القانون المدني الأردني بان" على المؤمن له أن يخطر المؤمن بما يطرأ من أمور تؤدي إلى زيادة هذه المخاطر ". و المادة (301) من قانون التجارة البحرية الأردني ألزمت المؤمن له إبلاغ المؤمن بالحوادث اللاحقة بالعقد , و التي قد تعدل فكرة الخطر . و التزام المؤمن له بالإفصاح يجد أساسه في مبدأ حسن النية , إذ أن التزام المؤمن له بالإفصاح عن البيانات اللازمة عن الخطر المؤمن عليه ليس مطلوبا فقط عند بدء التعاقد , و إنما يستمر أثناء فترة سريان العقد بان ينقل المؤمن له للمؤمن جميع البيانات و المعلومات و الظروف التي تمكن المؤمن من تقدير الأخطار ابتداء , و ما قد

---

(1) المادة ( 597) من القانون المدني الأردني , تقابلها المادة (521) من القانون المدني المصري .

(2) قاسم , محمد حسن (2001) . القانون المدني , العقود المسماة , دراسة مقارنة , مطبوعات الحلبي الحقوقية , الإسكندرية , مصر, 610 .

يطرأ في أثناء سريان عقد التامين من ظروف يكون من شأنها زيادة الخطر المؤمن منه . إذ لا سبيل لعلم المؤمن بذلك إلا بواسطة المؤمن له . لا سيما أن حسن النية الذي يفترض توافره وفقا للقواعد العامة في تنفيذ العقد , يوجب على المؤمن له مراعاة الصدق و الأمانة في الإفصاح عن تلك البيانات و المعلومات و الظروف و هذا لا يشمل إلا البيانات التي يعلمها المؤمن له [1].

و القاضي ينظر إلى شخص المتعاقد لتقدير حسن أو سوء نيته سواء كان دائنا أو مدينا كقاعدة عامة , عند بحث عيوب الإرادة أو في اثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو وجوب العلم بها . مع ذلك فقد أوجدت المادة (111) من القانون المدني الأردني استثناء على ذلك , حيث قررت انه" إذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة أو في اثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو وجوب العلم بها . وجاء في الفقرة الثانية من هذه المادة , انه إذا كان النائب وكيلا يتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله , فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو من المفروض أن يعلمها ".[2] بناء عليه فان سوء النية و حسنها ينظر بشأنهما إلى شخص النائب لا إلى شخص الأصيل , و ذلك في الأحوال التي يرتب فيها القانون أثرا على حسن النية أو سوءها , كما في حالة انطباق قاعدة الحيازة في المنقول بحسن نية بالنسبة للحائز . فالعبرة هنا بحسن نية النائب و ليس الأصيل , فإذا اشترى النائب شيئا و هو يعلم بما فيه من عيب , فلا يجوز للأصيل رفع دعوى ضمان العيب الخفي حتى لو كان يجهل وجود العيب . و مع ذلك فإذا كان النائب وكيلا يتصرف وفقا لتعليمات صدرت إليه من موكله , فليس للموكل أن يتمسك

---

(1) العطير , عبد القادر ( 2001) . التامين البري في التشريع , دراسة مقارنة , الطبعة الأولى , دار الثقافة , عمان , الأردن , ص 222 .

(2) تقابلها المادة(104) من القانون المدني المصري .

بجهل النائب لظروف كان هو يعلمها أو من المفروض أن يعلمها ." وهذا القيد الذي جاء به القانون يحول بين الأصيل و بين استغلال قاعدة أن سوء النية وحسنها ينظر فيها إلى النائب لا إلى الأصيل , و تطبيقا لذلك إذا أعطى شخص وكالة لأخر لينوب عنه في إبرام عقد مع شخص يعلم انه معسر , قاصدا بهذا التعاقد التواطؤ مع البائع للإضرار بدائنيه , كان للدائنين الطعن في العقد بالدعوى البولصية حتى لو كان الوكيل حسن النية ".(1)

كما أن تجنب المتعاقد جميع أشكال الخطأ ضروري في كل الأوقات والظروف, يعد التزاما منه بحسن النية , وهو ما يجب النظر إليه من ناحتين : الأولى ما يفرضه مبدأ حسن النية على المدين من واجب تجاه الإحداث الطارئة التي تؤثر على تنفيذ الالتزام . إذ يجب أن يتحلى بالانتباه والبصيرة لكي يتوقع تلك الإحداث وألا يفاجأ بها , بل يجب أن يبدي إخلاصه تجاه تنفيذ الالتزام إذا ما وقع الحادث الطارئ ولم يكن قد توقعه , بأن يحاول دفعه أو التقليل من أثره , إلا إذا وجد باعث مشروع كدواعي الإنسانية والواجب الوطني . أما الناحية الأخرى فهو ما يفرضه حسن النية على المدين في الظروف الاعتيادية من واجب بذل مستوى معين من العناية هو في الأصل مستوى عناية الرجل المعتاد, مع الأخذ في الاعتبار ظروف المدين المعروفة للدائن , وما يتضمنه ذلك من اتخاذ المدين لإجراءات واحتياطات تضمن تحقيق الهدف من العقد[2]. إذ على المتعاقد أن يبذل العناية اللازمة لتجنب الوقوع في الأخطاء العقدية التي تقيم مسئوليته و تدل على سوء نيته , فإذا كان التزامه بتحقيق غاية فانه لا يفي بالتزامه إلا بتحقيق تلك الغاية و هي محل الالتزام , و يكفي من الدائن أن يثبت عدم تحقق النتيجة , فان اثبت ذلك تقوم مسؤولية المدين و الذي لا يستطيع نفيها إلا بإثبات السبب الأجنبي. و عليه أن يبذل في

(1) الفار , عبد القادر , مصادر الحق الشخصي , مرجع سابق , ص 54 .
(2) الملا صالح، مرجع سابق، ص140.

هذا عناية تفوق عناية الرجل المعتاد , أي عناية الرجل الحريص . أما إذا كان التزامه ببذل عناية , فانه يعتبر قد نفذ التزامه إذا بذل العناية وفق معيار الرجل العادي .[1]

و قد رتب المشرع على التزام المتعاقد بحسن النية عدة مزايا تعود على ذلك المتعاقد حسن النية , و يظهر هذا من خلال التعويض الذي يقدره القاضي على المتعاقد المخل بتنفيذ التزامه , بالإضافة إلى المزايا التي سبق ذكرها فيما مضى كمنحه اجل , وتعديل شرط التعويض الاتفاقي ليصير مساويا للضرر الواقع فعلا . فقد نصت المادة (363) من القانون المدني الأردني على انه" إذا لم يكن الضمان مقدرا في القانون أو العقد , فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلا حين وقوعه ". و قد ميز المشرع الأردني في هذا بين توافر حسن النية و بين وجود غش أو خطأ جسيم أي حالة توافر سوء نية لدى المتعاقد المخل , فإذا كان المتعاقد المخل حسن النية فان المحكمة تقصر التعويض على الضرر المباشر و الذي كان يمكن توقعه وقت العقد . أما إذا كان المتعاقد سئ النية بان ارتكب غشا أو خطأ جسيما فانه يسأل عن الضرر المباشر المتوقع و غير المتوقع , و قد أيدت محكمة التمييز هذا في إحدى قراراتها.[2] وهذا ما ينطبق أيضا في ظل القانون المدني المصري .[3]حيث أن المتعاقد في جميع الأحوال يبقى مسئولا عن غشه و خطئه الجسيم , و كل اتفاق يقضي بإعفاء المتعاقد من غشه و خطئه الجسيم اتفاق باطل لمخالفته النظام العام .

و من واجب المتعاقد حسن النية في تنفيذ التزامه أن يسعى لتخفيف الضرر الذي قد يلحق بالمتعاقد الأخر,[4] من خلال إخطار و إعلام المتعاقد الأخر بكل الظروف التي قد تؤثر على مصالحه العقدية . كإخطار المتعاقد , المتعاقد الأخر برغبته في إنهاء عقد المضاربة قبل

---

(1) التل , يوسف (لات) . مسؤولية البنك المبلغ للاعتماد المستندي , Available :http://www.quono.com (online) ص 2 .
(2) تمييز حقوق 1984/682 , الفار , عبد القادر , أحكام الالتزام , مرجع سابق , ص 73 .
(3) المادة (2/217) و المادة (221) من القانون المدني المصري .
(4) عبد العال ميرفت , مرجع سابق , 213 –ص 215 .

الإنهاء بفترة معقولة , كي لا يتسبب إنهاء العقد بوقت غير مناسب الضرر للمتعاقد الأخر .[1] و كإعلام المقاول لصاحب العمل بأية عيوب موجودة في الأرض المنوي تنفيذ المقاولة عليها , و من حسن نية رب العمل أن يطلب من المقاول أن يلتزم بشروط العقد و تصحيح العمل قبل أن يطلب الفسخ , إذا تبين أن ما يقوم به المقاول معيب و مناف لشروط العقد .[2] كما انه من واجب الدائن أن يخطر المدين بالظروف التي قد تؤثر على حسن التنفيذ , و عن الأخطار التي يجهلها و لم يكن من الواجب أن يعلم بها . و تبدو أهمية هذا الإخطار في أن المدين يصبح متوقعا للظرف الذي قد يؤثر على سير التنفيذ , فيتخذ الاحتياطات اللازمة لذلك و لاتقاء اثر الظرف السئ على التنفيذ , فإذا أهمل الدائن في إخطار المدين و قد حصل الظرف الذي كان ينبغي الإخطار عنه , فان هذا الظرف الذي يعيق التنفيذ , يعتبر أجنبيا عن المدين و يعفيه من المسؤولية , فوظيفة الإخطار هي جعل المدين متوقعا للظرف و الحيلولة دون ادعائه بكون الظرف سببا أجنبيا حال بينه و بين التنفيذ . كواجب مرسل البضاعة أن يخطر الناقل بطبيعة البضاعة إذا كانت تحتاج إلى عناية خاصة , و إلا فلا جناح عليه إذا بذل العناية المعتادة فحسب, كما لو كانت البضاعة أجهزة قابلة للكسر و كان الناقل يجهل طبيعتها , و لم يبذل العناية التي تتطلبها مثل هذه الأشياء .[3] و من ذلك انه في حال انتهاء الوكالة بموت الوكيل , يجب على ورثته إذا توافرت فيهم الأهلية و كانوا على علم بالوكالة , أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم , و أن يتخذوا من التدابير ما يقتضيه الحال لصالح الموكل . و على ذلك إذا انتهت الوكالة بالعزل أو بالتنحي أو موت الموكل أو غير ذلك من الأسباب , فيجب على الوكيل أن يتخذ من الأعمال التحفظية ما يصون به مصلحة الموكل , فإذا كان مثلا قد بدأ في جني المحصول و بيعه , وجب عليه أن يستمر حتى يصل إلى حالة تكون معها مصالح الموكل

---

(1) المادة(632) من القانون المدني الأردني .
(2) المادة(785) من القانون المدني الأردني .
(3) الملا صالح , مرجع سابق , ص 175 – ص 180 .

مضمونه . أما إذا كانت الوكالة قد انتهت بموت الوكيل فعلى الورثة الذين توافرت فيهم الأهلية , و كانوا يعلمون بالوكالة أن يتخذوا هذه التدابير , إلى أن يتمكن الموكل نفسه أو نائبه في حال إفلاسه أو نقص أهليته أو ورثته ,من أن يتمكن من أن يتولى الأعمال التي سبق التوكيل بها بنفسه,حيث تبقى الوكالة قائمة بالنسبة للأعمال التحفظية,و يترتب على قيامها بقاء التزامات كل من الوكيل و الموكل قائمة, فيكون المتعاقد أو ورثته ملزمين ببذل العناية الواجبة بهذه الأعمال.([1])

و تظهر أهمية الالتزام بالإخطار أو بالإعلام أو بالإفضاء أكثر في العقد الذي يكون فيه أحد الأطراف محترفا أو له دراية أكثر من المتعاقد الأخر ." فالمتعاقد ملزم بان يزود المتعاقد الآخر بمواصفات المنتج و النماذج و الرسوم و غيرها من البيانات التي تساعده على الترويج للسلع أو الخدمات , و يعتبر مسؤولا عن ما يصيب المتعاقد الآخر من جراء إخلاله بالتزامه بالإخطار و الإعلام ".([2]) "و المقصود بالدائن بالالتزام بالإفضاء هو كل مشتري لا دراية له بالمبيع , و يعد هذا الالتزام من حيث المبدأ واحدا بالنسبة لكافة المشترين , يستوي في ذلك المستهلك والمشتري المتخصص متى كانت حرفة هذا الأخير لا تمكنه من الإلمام بكل خصائص و دقائق الشيء المبيع . حيث لا يمكن افتراض علمه بأي بيانات , و جهله هنا يعتبر جهلا مشروعا , أما إذا كان المشتري مهنيا من التخصص نفسه البائع فان هذا التخصص , يحد من نطاق التزام البائع بالإفضاء و من ثم يكون سببا لتخفيف مسئوليته .إذ أن المشتري في هذا الحالة إذا لم يعلم و لم يستعلم عن المعلومات التي يرى ضرورة معرفتها , فانه يكون قد قصر و أهمل في الاستعلام فيتحمل مسؤولية ذلك . أما المدين بالالتزام بالإفضاء فهو المنتج , و يرجع هذا إلى حجم المعلومات المتوفرة لديه عن السلع التي يقوم بإنتاجها , فهو يعرف كل صغيرة و

---

([1]) أبو جميل , وفاء (1988) . الالتزام بالتعاون , دراسة تحليلة و تأصيلية , (لان) , القاهرة , مصر , ص 70.

([2]) الشهاوي , قدري (2001) . أحكام عقد الوكالة في التشريع المصري و المقارن , منشأة المعارف , الإسكندرية , مصر , ص 329 .

كبيرة عن مكوناتها و خصائصها و كيفية استعمالها , و كذلك فان المنتج يملك الوسائل لإعلام المستهلك بهذه الأمور , و قد اعتبره القضاء مسؤولا و ضامنا للضرر الناجم عن تعمده أو إهماله في أداء الالتزام بالإعلام . و التزام المنتج أو البائع هذا يتضمن شقين أحدهما يكمل الأخر , فهو يلتزم من جهة بتبصير المستهلك بكيفية استعمال السلعة أي طريقة الاستعمال , و من جهة أخرى يلتزم بان يحدد للمستهلك مخاطر استعمال السلعة أو حيازتها و كيفية الوقاية منها أي الالتزام بالتحذير . و الالتزام بالنصيحة ببيان المنافع المتوخاة من العقد و مدى جديتها . و هذا الالتزام لا يشمل المعلومات التي يفترض علم المستهلك بها , فلا يلزم المنتج بإعلام المستهلك بان استعمال المكواة مثلا يقتضي وصلها بالكهرباء , كما على المستهلك أن يستفسر عن الأمور التي قد يجهلها ".[1] و كما في عقد المشورة الفنية فهناك التزام على المتعاقد المحترف أن يبصر المتعاقد الأخر بمدى إمكانية تحقيق نتائج معينة و الفشل في تحقيق أخرى , وتزويده بالمعلومات الفنية الكافية للحفاظ على العمل , و بأحدث المعلومات التقنية التي تشكل عناصر لازمة لتنفيذ التزامه بالمشورة .[2]

و القانون الإنجليزي كما هو الحال في القانونين الأردني و المصري , الزم المتعاقد بمبدأ حسن النية وفرض عليه التقيد بالمعقولية و النزاهة و الثقة في تنفيذ التزاماته , حتى لو لم يعبر عن وجوب الالتزام بحسن النية في تنفيذ العقد صراحة إلا انه شرط ضمني مفترض في كل العقود .[3] حيث يفرض القانون الإنجليزي على المتعاقد التزامات تحمل على أنها التزام بمبدأ حسن النية , والمحاكم الإنجليزية تعطي الحق في المطالبة بالتعويض للطرف الذي يدعي خرق

---

([1]) القيسي , عامر . , (2002) . الحماية القانونية للمستهلك , دراسة في القانون المدني و المقارن , مرجع سابق , ص 115 – ص124 .

([2]) علي الدين , رشا , . (بدون سنة نشر) . نظرة قانونية على مسئولية منتج البرمجيات , (online) Available:http://www.smsm4law.com/vb/show. ص 4 .

[3] William ,Telly , good faith in contract , page 2 .

مبدأ حسن النية من قبل الطرف الأخر .(1) حيث يلتزم المتعاقد بتنفيذ التزامه العقدي بحسب النية المشتركة للمتعاقدين في موعد استحقاقه مختارا دون حاجة لمطالبته بذلك .(2) و من ذلك أي من إلزام القانون الإنجليزي للمتعاقد بحسن النية , انه فرض على المتعاقد الالتزام بواجب الإخطار و الإعلام , إذ أن علاقة الثقة بين المتعاقدين تفرض عليهما في أي عقد أن يقدم المتعاقد للمتعاقد الأخر أي معلومات متعلقة بالعقد قد يحتاجها , حيث أن هذا الالتزام متفرع عن مبدأ حسن النية.

وقد أعتبر القانون الإنجليزي أن إخفاء أحد المتعاقدين في عقود حماية ملكية الأسرة أية معلومات مادية عن بقية المتعاقدين و هم أعضاء الأسرة , يبطل العقد . (3)و يظهر واجب المتعاقد بالإعلام بشكل جلي في القانون الإنجليزي في عقود حسن النية كعقد التامين , حيث يتمتع فيها أحد المتعاقدين بقوة أكثر من المتعاقد الأخر . و قد فرض القانون على المؤمن له ان يعلم المؤمن بأية حقائق مادية تتعلق بالخطر , و تكون الحقيقة مادية عندما تؤثر على حكم المؤمن في قبول التامين على الخطر و تحديد القسط . حيث أوجب القضاء الإنجليزي على المتعاقد واجب الإعلام في العديد من أحكامه , و إذا أخل المتعاقد بذلك يكون للمؤمن الحق في إبطال العقد .(4) إلا أن القانون الإنجليزي فرق بين تقديم المعلومات غير الصحيحة بحسن نية أو تقديمها عن غش و سوء نية , و يكون البيان كاذبا عندما يكون المتعاقد قد قدم بيانا يعلم انه غير صحيح أو قصر في التأكد من صحة هذه البيانات و لم يهتم بأنها غير صحيحة , و بالرغم من ذلك اقنع المتعاقد الأخر بصحة هذه البيانات . و يكون البيان بريئا و قدم بحسن نية إذا كان المتعاقد يعتقد بصحته , فإذا كان البيان غير صحيح و يستند إلى الغش و الخداع يكون

---

[1] Musy , The Good faith principle , page 6-7

.

[2] Treitel , (1999) . The law of contract , page 697

.

[3] Major , Taylor , Law of contract , page 149 .

[4] Taylor , Law of contract , page 148 .

للمتعاقد الذي وقع ضحية ذلك فسخ العقد و المطالبة بالتعويض .[1] و مع هذا فانه لا يكون للمتعاقد فسخ العقد إذا تعلق بالعقد حق للغير حسن النية .[2]

و مع هذا فان على المتعاقد أن لا يتخذ موقفا سلبيا بالنسبة لطلب المعلومات , لذلك فان مبدأ حسن النية يفرض عليه واجبا بالاستعلام عن ما يحتاجه من معلومات عقدية , إذ يجب على ذلك المتعاقد أن يتأكد من حقيقة البيان الذي قام بتقديمه , فالمتعاقد الذي قدم بيانا غير صحيح يتحمل الأضرار التي لحقت بالمتعاقد الأخر بسبب إهماله في معرفة حقيقة البيان . و بالمقابل يفترض بالمتعاقد الأخر أن يستعلم عن حقيقة البيان المقدم , و أن يبذل العناية اللازمة في ذلك و يتأكد من صحة ما يعرض عليه , حتى يكون له الحق في الفسخ , فلا يستطيع التحجج بأنه لم يقرأ العقد جيدا مثلا و انه لو علم بوجود شرط ما , ما كان ليتعاقد , حيث كانت لديه الفرصة ليستعلم و يتبصر بحقيقة ما هو مقدم عليه .[3] و مما يفرضه مبدأ حسن النية على المتعاقد في تنفيذه لالتزامه , أن يعلم المتعاقد الأخر بالعيوب التي تعتري محل العقد , كالتزام السمسار في بيع الأراضي تجاه المشتري بان يتصرف بحسن نية , و أن يعلم المشتري بكل العيوب , إلا أن هذا الالتزام لا يشمل العيوب المحسوسة و الظاهرة .[4]

و حتى يعتبر المتعاقد حسن نية يجب أن يبذل في تنفيذه لالتزامه العناية اللازمة لذلك, و إلا قامت مسئوليته عن تعمده أو تقصيره و إهماله , تجاه المتعاقد الأخر و تجاه الغير إذا كان قد تضرر , و يطالبه بالتعويض عن أية خسائر قد تصيبه جراء إهماله و عدم بذل العناية في

---

[1]Smith , The law of contract , page 129 .

[2] Taylor , law of contract , page 158-159 .

([3]) Smith , The law of contract , page 129_130 .

([4]) Taylor , The law of contract , page 149

تنفيذه التزامه .(1) كما هو الحال بالنسبة للوكيل إذ عليه أن يبذل العناية اللازمة في تنفيذ التزامه و بمسؤولية و بما يحقق مصلحة الموكل في تنفيذه لعقد الوكالة . فينفذ تعليمات موكله بمسؤولية و يبذل العناية و المهارة اكثر من عنايته بأمواله الخاصة , و أن يراعي في ذلك الثقة , و هذا يقتضي منه أن لا يجعل مصالحه تتعارض مع مصلحة الموكل , فلا يقوم مثلا ببيع أمواله للموكل و هو وكيل بالشراء , أو أن يشتري مالا لنفسه من أموال الموكل و هو وكيل ببيعه . كما على ذلك الوكيل أن لا يأخذ أية عمولة من شخص ثالث إلا برضا و علم الوكيل , فإذا أخذها دون علمه فإنها تعتبر رشوة و خرقا للثقة المفترضة .(2) كما قضى القضاء الإنجليزي فيما يتعلق بالتزام المتعاقد ببذل العناية في تنفيذ التزامه , بان هناك سندا من القانون لافتراض شرط لصالح المخدوم , بأنه على الخادم أن يقوم بخدمته بحسن نية و إخلاص , و أن عليه أن يبذل عناية ومهارة معقولة في تأدية واجباته .(3)

و كذلك الحال عندما يقع أحد المتعاقدين في غلط لا يكون له استعمال حقه بالفسخ إلا إذا اثبت للمحكمة حسن نيته , فلا يقبل منه أن يحرم المتعاقد الأخر من حقوقه , بادعاء الغلط , و لا يقبل من المتعاقد الأخر أن يكون سببا في وقوع الطرف الأخر بالغلط , حيث يبقى المتعاقد ملزما بالعقد إلا إذا اثبت وقوع غش أو تدليس عندها يفسخ العقد , فالمحكمة لا تلزم المتعاقد الذي وقع بالغلط بالتنفيذ إذا كان الغلط بسبب تلفيق أو تقديم بيانات غير صحيحة من قبل المتعاقد الأخر أو إذا كان المتعاقد يعلم بالغلط الذي وقع فيه المتعاقد الأخر .(4)

(1) Treitrl , The law of contract , page 560-561 .

(2) Treitel , The law of contract , page 690 .

(3) شيشر و فيفوت , بنود و شروط العقد , مرجع سابق , ص 48 .

(4) Majer , law of contract , page 124-139 .

كما أن مبدأ حسن النية يفرض على المتعاقد المتضرر من إخلال المتعاقد الأخر , التزاما بالسعي للتقليل من خسارته و تضرره و ذلك باتخاذ الإجراءات الضرورية لذلك . و قد قضى القضاء الإنجليزي بأنه إذا امتنع البائع عن تنفيذ التزامه بتسليم البضاعة المتفق عليها , فان على المشتري الذي لم يتسلم البضاعة في موعدها لعدم تنفيذ البائع لالتزامه , أن يحاول و يسعى للحصول على احتياجه من البضائع من مكان أخر في سبيل التخفيف من خسارته .[1] و إلا خفض مقابل ذلك من التعويض الذي يستحقه بسبب إخلال الطرف الأخر بتنفيذ العقد .[2]

و أخيرا فانه كما في القانون الأردني و القانون المصري ,فان القانون الإنجليزي يفرض على المتعاقد أن يلتزم بحسن النية في تنفيذه لالتزاماته . و مبدأ حسن النية يوجب على المتعاقد أن يلتزم بالواجبات التي يفرضها هذا المبدأ , كالواجب بالإعلام والتبصر و التحري و النصيحة حتى و لو لم تذكر صراحة في العقد , فهي أصول و قواعد تنفيذية , غنية عن أن تذكر إذ أنها مفترضة و على المتعاقدين التقيد بها , و تقيدهم بها يعبر عن حسن نيتهم وعن رغبتهم الانصياع لما تفرضه القوة الملزمة للعقد . هذا عن التزام المتعاقدين بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد , أما الخلف العام و الخلف الخاص فهم أيضا ملزمون بمبدأ حسن النية باعتبارهم امتداد لسلفهم المتعاقد , و الذي سأعرض له في المطلب الثاني .

---

([1]) Keenan , Denis , English law , page 302 .
([2]) Treitel , the law of contract, page 787 .

## المطلب الثاني : التزام الخلف بحسن النية

يقصد بالخلافة في مجال التعاقد حلول شخص خارج دائرة التعاقد محل أحد طرفي العقد , مع بقاء باقي عناصر العقد على ما هي عليه كقاعدة عامة , و تنقسم الخلافة إلى خلافة عامة و خلافة خاصة .(1) فقد يظهر للمتعاقد خلف عام أو خاص كالوارث أو المشتري لعين معينة , و لما كان المتعاقد ملزم أن يكون حسن النية في تنفيذه للالتزامه العقدي , فان خلفه أيضا ملزم بمبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات التي قد تنتقل إليه من سلفه , و سأسعى لبيان التزام الخلف بحسن النية في التنفيذ و مدى هذا الالتزام , وذلك من خلال الفرعين التاليين . و قد خصصت الفرع الأول: لالتزام الخلف العام بحسن النية و الفرع الثاني :التزام الخلف الخاص بحسن النية .

### الفرع الأول : التزام الخلف العام بحسن النية

بين المشرع الأردني الأحكام الخاصة بالخلف العام في المادة (206) من القانون المدني الأردني , أما المشرع المصري فقد بين هذه الأحكام في المادة (145) من القانون المدني المصري , و حيث أن هناك تطابق في الموقف من مبدأ حسن النية في القانونين , و حيث أن هاتين المادتين متطابقتان حرفيا , فانه يفهم من ذلك وحدة الموقف من موضوع هذا الفرع , لذلك فان الوقوف على مضمون إحدى المادتين يغني عن بحث الأخرى.

---

(1) أبو الليل ,إبراهيم , مصادر الالتزام الإرادية , مرجع سابق , ص 315 .

فقد نصت المادة (206) من القانون المدني الأردني على أن" ينصرف اثر العقد إلى المتعاقدين و الخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث مالم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام ". و جاء في المذكرة الإيضاحية الملحقة بهذه المادة ," بان أثار العقد لا تقتصر على المتعاقدين بذواتهم , بل تتجاوزهم إلى من يخلفهم خلافة عامة عن طريق الميراث أو الوصية , و يستخلص ذلك من إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية أو من طبيعة العقد , كما هو الشأن في شركات الأشخاص و الإيراد المرتب مدى الحياة أو من نص القانون كما هو الحال في حق الانتفاع . و على ذلك ينتقل إلى الوارث ما يرتبه العقد من حقوق و التزامات , أما الحقوق المالية فيكون انتقالها كاملا , إلا ما كان منها غير مالي كحق الولاية و الحضانة , و ما اتصل منها بشخص المتعاقد المورث كدين النفقة و حق الانتفاع و حق الرجوع بالهبة و حق الأجل في الدين , كذلك لا تنتقل الحقوق المتصلة بمشيئة المورث كبعض الخيارات . أما حكم الالتزامات فيقتضي تحفظا خاصا يتصل بأحكام الميراث , ذلك أن الوارث لا يلتزم بديون مورثه وفق أحكام الشريعة إلا بقدر ما يؤول إليه من التركة , سواء آلت إليه بكاملها أم آل إليه نصيب منها ".

إذا فالخلف العام للمتعاقد هو من يخلف المتعاقد في كل ذمته المالية أو في جزء يمثل نسبة معينة منها أي في حصة شائعة و ليس في مال معين بالذات . و الخلافة العامة تكون بسبب الوفاة و تتم عن طريق الميراث أو الوصية بجزء غير معين بالذات يمثل نسبة من التركة كالربع أو الخمس , و بناء على ذلك فان كلا من الوارث و الموصي له بجزء من التركة يعد خلفا عاما تنتقل إليه أثار عقد سلفه المورث أو الموصي . و تعد الخلافة العامة ضرورة منطقية لاستمرار العلاقات العقدية على الرغم من وفاة أحد طرفيها طالما كانت تقبل ذلك . و أثار العقد تنصرف إلى الخلف العام للمتعاقد تلقائيا و بنفس الشروط , غير أن انصراف أثار

العقد إلى الخلف العام مقيدة بقيدين : الأول: انصراف أثار العقد مقتصرة على الحقوق إذ لا تركة إلا بعد سداد الديون , فالخلف لا يسأل عن ديون سلفه إلا بحدود ما يتلقى من حقوق , فأموال التركة لا تخلص للخلف العام إلا بعد سداد ما عليها من ديون . و القيد الثاني :أن الوصية لا تنفذ في حق الورثة إلا في حدود الثلث , أما ما يزيد عن الثلث فلا ينصرف إليهم إلا إذا أجازوه, مع مراعاة أن كل تصرف يصدر من المورث و هو في مرض الموت بقصد التبرع يأخذ حكم الوصية .[1] و من شأن قاعدة انصراف اثر العقد الذي يعقده السلف إلى الخلف العام , جواز الاحتجاج على الخلف العام بالتصرف الحقيقي المعقود في حالة الصورية و بالتاريخ الذي يحمله العقد حتى لو لم يكن ثابتا .[2] و قد قضت محكمة النقض المصرية انه" يترتب على انصراف اثر العقد إلى الخلف العام انه يسري في حقه ما يسري في حق السلف بشأن هذا العقد, فلا يشترط إذا ثبوت تاريخ العقد أو تسجيله حتى يكون التصرف حجة للخلف أو عليه , لأنه يعتبر قائم مقام المورث و يلتزم بتنفيذ ما التزم به مورثه, طالما أن العقد قد نشأ صحيحا و خلصت له قوته الملزمة".[3]

و يسري في حق الخلف العام ما كان ساريا في حق السلف , فالخلف يتأثر بالعقود التي أجراها سلفه حال حياته , فتنتقل إليه الحقوق الناشئة عن العقد الذي أبرمه سلفه , فإذا كان المتعاقد المورث باع شيئا أثناء حياته و لم يقبض ثمنه , فان الحق في المطالبة في الثمن ينتقل إلى وارثه أو إلى الموصى له . كذلك فإن الالتزامات التي رتبها العقد على المتعاقد المورث تنتقل إلى الخلف العام و لكن في حدود ما آل إليه من التركة , فإذا لم يترك المتوفى تركة فلا يسأل الخلف العام عن الالتزامات التي انتقلت إليه من سلفه .

---

(1) أبو الليل , إبراهيم , مصادر الالتزام الإرادية , مرجع سابق , ص316- ص317 .
(2) سلطان , أنور , مصادر الالتزام , مرجع سابق , ص 195 .
(3) الطعن رقم 184 سنة 53 ق جلسة 1984/1/1 س 35 ص111 , شعلة , قضاء النقض في التامين , ص 61 .

مع ضرورة الإشارة" إلى أن هناك بعض الآثار التي لا تنتقل إلى الخلف العام بنص في القانون أو بالاتفاق أو بسبب طبيعة بعض العقود , فلا تنتقل إلى الخلف العام العقود المبنية على الاعتبار الشخصي كما عقد الوكالة و شركات التضامن , والحقوق غير المالية كحق الحضانة , و الحقوق المتصلة بشخص المورث كحق الرجوع في الهبة و حق الآجل في الدين وحق الانتفاع , والخيارات لأنها تتصل بمشيئة المورث كحق الشفعة" .[1]

غير أن هناك حالة يأخذ فيها الخلف العام حكم الغير بالنسبة إلى بعض تصرفات سلفه, وهي حالة ما إذا تناولت هذه التصرفات حقه في التركة لان أحكام الميراث من النظام العام لا يجوز للمورث الخروج عليها .[2] فيكون للورثة أن يطعنوا بالتصرف الضار الصادر من مورثهم و الهادف إلى حرمانهم من حصة ارثيه لهم فيها حق مصان قانونيا , فأحيانا يشعر المورث بدنو اجله , وقد يجري تصرفات من بيع أو هبة في مرض الموت بقصد الإضرار بوارثه الخلف العام .[3] فالقانون يبيح للمورث ان يتصرف في أمواله في حال حياته معاوضة أو تبرعا , حتى لو اضر هذا التصرف بالورثة وحتى لو تعمد المورث الإضرار بالورثة . أما إذا تصرف في ماله لما بعد الموت بطريق الوصية , فانه بذلك يكون يتحكم بحظوظ ورثته تحكما يأباه النظام العام .[4] و لهذا فقد وفر المشرع الأردني الحماية لحق الوارث من سوء نية المورث, بان قرر عدم نفاذ الوصية فيما زاد على ثلث التركة إلا بإجازة الورثة , و مثال ذلك نص المادة(1128) من القانون المدني الأردني .[5]

و كما كان السلف المتعاقد ملزما بمبدأ حسن النية في تنفيذ عقوده , فان الخلف العام الذي انصرف إليه اثر العقد بعد وفاة مورثه ملزم أيضا كالسلف بان ينفذ العقد الذي آل إليه من

---

(1) الفار , عبد القادر , مصادر الحق الشخصي , مرجع سابق , ص 129 .
(2) سلطان , انور , مصادر الالتزام , مرجع سابق , ص 196 .
(3) النقيب , نظرية العقد , مرجع سابق , ص 296 –ص 297 .
(4 )السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد , مرجع سابق , ص 601 .
(5) تقابلها المادة (916) من القانون المدني المصري .

السلف طبقا لما أشتمل عليه و بكل ما ورد فيه , و بكل ما هو من مستلزماته وفقا للقانون و العرف و طبيعة التصرف و العدالة بطريقة تتفق و حسن النية بدون نقض أو تعديل . فالخلف العام قائم مقام السلف و إليه تنتقل حقوق السلف و عليه تترتب الالتزامات المنبثقة عن العقد , و يطالب بتنفيذها كما كان يفعل السلف , طالما أنها كانت في حدود التركة أو في حدود ما آل إليه من التركة . فإذا ابرم المتعاقد عقدا و توفي بعدها فان الحقوق و الالتزامات الناشئة عن ذلك العقد تنتقل إلى خلفه العام , و الذي يلتزم بموجب قوة العقد الملزمة أن يخضع لأحكام العقد و ينفذه وفق ما يمليه مبدأ حسن النية . فهو ملزم أن يسلم المبيع للمشتري و أن يمكنه من حيازة هذا المبيع حيازة هادئة دون تعرض , وان يطلع المتعاقد الأخر على عيوب المبيع و يضمن العيوب الخفية . فعلى الخلف العام أن تكون أعماله المتعلقة بتنفيذ العقد متفقة مع حسن النية , و تنم عن أمانة و صدق و إخلاص و ثقة و نزاهة و تعاون , بحيث ينفذ الالتزامات التي رتبها العقد على سلفه و آل إليه تنفيذها ضمن ما ذكر . و أن يمتنع عن كل ما يعد من سوء النية من غش و تحايل و كتمان للمعلومات أو تقديم معلومات كاذبة .

فالخلف العام هو امتداد السلف فيما آل إليه , و الالتزام بحسن النية لا يقتصر على المتعاقد بل يشمل خلفه العام , و هو ملزم بمراعاة مقتضياته و التقيد بها , فلا يغش أو يتعسف أو يخل بالتوازن العقدي . كما لا يجوز له الانفراد بنقضه أو تعديله أو الرجوع عنه دون اتفاق أو نص يسمح بذلك . فما ذكره الباحث عن التزام المتعاقد بحسن النية في تنفيذ التزاماته ينطبق على الخلف العام , و منعا للتكرار أحيل إلى المطلب الأول من هذا المبحث و الخاص بالتزام المتعاقد بحسن النية .

أما القانون الإنجليزي على العكس من القانون الأردني و القانون المصري , فانه لا يعرف نظرية عامة تحكم الاستخلاف سواء العام أو الخاص , و كل ما يوجد هو عبارة عن

أحكام مبعثرة في السوابق القضائية . كفكرة الحوالات ألا إرادية , أي الحولات التي تتم بقوة القانون دون تدخل إرادة الأطراف . و تحصل عند الوفاة حيث يكتسب الممثلون الشخصيون للمتوفى حقوق و التزامات المتوفى , و يقومون بدفع الديون المترتبة في ذمته ضمن حدود التركة . أما الحقوق و الالتزامات الناشئة عن العقد التي يكون فيها لشخصية المتوفى محل اعتبار فإنها تنقضي بوفاته .[1] و القانون بإلزامه الخلف بتنفيذ عقد سلفه يكون قد الزمه بعقد لم يكن طرفا فيه . كما قضى بذلك القضاء الإنجليزي في قضية (Beswick 1961 ) فقد قام فحام بنقل أعماله إلى ابن أخته , بعد أن كان قد تعهد بان يدفع إلى زوجته مبلغ 5 جنيهات أسبوعيا . وبعد وفاة الفحام أصبحت زوجته الأرملة مديرة للتركة , وامتنع ابن أخته عن الوفاء بالتزام الفحام لزوجته أي الالتزام بدفع 5 جنيهات . فلجأت الأرملة إلى القضاء لإجبار ابن الأخت على الوفاء , فأجاز مجلس اللوردات رفع مثل هذه الدعوى لإلزام ابن الأخت بدفع ما تعهد به سلفها . [2] و رفع الدعوى هنا لا يكون باسم المستفيد أي الشخص الثالث , بل يكون باسم الطرف المتعاقد أو باسم الطرف المتعاقد و باسم المستفيد معا , و في حال رفض المتعاقد الاشتراك في الدعوى فيمكن مقاضاته كمدعى عليه .[3] و كذلك الحال في عقد إيجار الأراضي قرر القضاء الإنجليزي إلزام الخلف به , كما التزم به سلفه .[4] و الخلف ملزم سواء في تلقيه للحقوق أو في تنفيذ التزامات سلفه ضمن الموجودات التي تركها سلفه , بان يتقيد بحسن النية كما لو كان المتعاقد ذاته , حيث أن الالتزام بحسن النية في التنفيذ يشمل المتعاقد الأصلي و خلفه العام . و كذلك يشمل هذا الالتزام الخلف الخاص و هو موضوع الفرع الثاني.

---

(1) العنبكي , مبادئ العقد , مرجع سابق , ص 152 .

(2) Treitel , The law of contract , page 546

(3)العنبكي , مبادئ العقد , مرجع سابق , ص 143.

(4) Treitel , The law of contract , page 594

**الفرع الثاني : التزام الخلف الخاص بحسن النية**

حدد المشرع الأردني الأحكام الخاصة بالخلف الخاص في المادة (207) من القانون المدني الأردني , و التي نصت على انه" إذا انشأ العقد حقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص , فان هذه الحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء, إذا كانت من مستلزماته و كان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه".([1]) و جاء في المذكرة الإيضاحية الملحقة بهذه المادة , إن الخلف الخاص هو من يكتسب ممن يستخلفه حقا عينيا على شئ معين كالمشتري لعين معينة و الموهوب له و الموصى له بعين معينة . فإذا عقد المستخلف عقدا يتعلق بهذا الشيء انتقل ما يرتب هذا العقد من حقوق و التزامات إلى الخلف الخاص بشروط ثلاثة : أولها: أن يكون تاريخ العقد سابقا على اكتساب هذا الخلف لملكية الشيء, و يراعى في ذلك أن العقد يجب أن يكون ثابت التاريخ . و الثاني :أن تكون هذه الحقوق و الالتزامات الناشئة عن العقد مما يعتبر من مستلزمات هذا الشيء , و يتحقق ذلك إذا كانت هذه الحقوق مكملة له كعقود التامين مثلا , أو إذا كانت تلك الالتزامات تحد من حرية الانتفاع به كما هو الشأن في الالتزام بعدم البناء إلا بحدود ارتفاع معين .و الشرط الثالث :أن يكون الخلف قد علم بما ينتقل إليه من حقوق و التزامات , وحكم النص مقصور على ذلك دون أن يجاوزه إلى ما كان يستطيع أن يعلم به . أما إذا كان لا يعلم عن تلك الحقوق و الالتزامات فينظر إليه على انه من الغير , و لا تنصرف إليه تلك الحقوق و الالتزامات . لذلك إذا تعمد السلف إخفاء التزامات تحد من انتفاع الخلف الخاص بالمال , فان ذلك يعد من سوء النية , و من ثم لا ينتقل

([1]) تقابلها المادة (146) من القانون المدني المصري , و هي مطابقة حرفيا للنص الأردني . بالنظر إلى أن مقصود القانون الأردني من حقوق العقد في النص المذكور الحقوق و الالتزامات الناشئة عن العقد , حيث انه قد ميز بين حقوق العقد و حكمه على العكس من القانون المصري .

للخلف هذا الالتزام لأنه لم يعلم به أي كان حسن النية , وحسن النية هنا هو عدم العلم بالالتزام و المقصود بالالتزام هو العلم الحقيقي فلا تكفي استطاعة العلم .[1]

فالخلافة الخاصة تفترض قيام السلف قبل انتقال حق أو مال له إلى الخلف الخاص , بإبرام عقد يتصل بهذا المال , ومن أمثلة ذلك أن يقوم المالك بالتامين على عين يملكها ثم يقوم ببيعها . فالخلف الخاص هو من يخلف سلفه في مال معين بالذات , فهو لا يخلفه في ذمته المالية كلها أو في حصة منها كالثلث أو الربع , بل يخلفه في حق عيني على شئ معين أو في ملكية شئ معين ,[2] و على ذلك فالمستأجر لا يعد خلفا خاصا للمؤجر بل هو دائن شخصي له, كذلك لا يعد المستأجر من الباطن خلفا خاصا للمؤجر من الباطن . أما المشتري فهو خلف خاص للبائع في العين المبيعة , و الموهوب له بمال معين خلف خاص للواهب في العين الموهوبة , و كذلك يعد خلفا خاصا المحال له و الدائن المرتهن و الموصى له بعين معينة .[3]

و الخلف الخاص على عكس الخلف العام لا تنصرف إليه أثار العقود التي يعقدها السلف , إذا كان العقد الصادر من السلف لا يتناول الحق الذي تلقاه عنه الخلف الخاص , فمشتري العقار خلف لبائعه و لكن لا شأن للمشتري بالعقود الصادرة من البائع في غير ما يمس هذا العقار . و لكن إذا تناول العقد الصادر من السلف هذا العقار , كما لو تصرف السلف في نفس العقار إلى شخص أخر بالبيع أو الرهن أو الإيجار , عندها يثور الإشكال فيما يتعلق بمركز الخلف الخاص بالنسبة لهذه العقود . فلا صعوبة إذا كان العقد الصادر من السلف إلى شخص أخر لاحقا للعقد الصادر إلى الخلف الخاص , إذ القاعدة أن عقود السلف في شأن الحق الذي انتقل إلى الخلف الخاص لا يحتج بها في مواجهة هذا الأخير , إلا إذا كان لها تاريخ ثابت

---

([1]) الفار , مصادر الحق الشخصي , مرجع سابق , ص 131 .
([2]) سلطان أنور , مصادر الالتزام , مرجع سابق , ص 194 .
([3]) ابوالليل , إبراهيم , المصادر الإرادية للالتزام , مرجع سابق , ص 318- ص319 .

و سابق على تاريخ العقد الذي تلقى به الخلف الخاص حقه . فمثلا إذا باع شخص منقولا معينا بالذات إلى شخصين على التعاقب و لم يكن قد سلمه إلى أحدهما , و جب تفضيل السابق منهما في ثبوت تاريخ عقده , أما إذا كان المبيع عقارا فالعبرة بالأسبقية في التسجيل . أما إذا كان العقد الصادر من السلف يمس الحق نفسه الذي تلقاه عنه الخلف الخاص, و كان هذا العقد ثابت التاريخ و سابقا على عقد الخلف الخاص فانه ينصرف إليه .[1]

و يلاحظ أن الحقوق و الالتزامات التي أنشأها العقد , متصلة بالمال الذي انتقل إلى الخلف الخاص اتصالا وثيقا , فبالنسبة للحقوق يجب أن تكون من توابع المال و بالنسبة للالتزامات يجب أن تكون من محدداته . و تكون الحقوق من توابع المال إذا كانت خادمة له و مفيدة في استخلاص منفعته فتزيد بذلك من قيمته , وإذا كان من شأنها حفظ المال و درء الخطر عنه , و لكي يتحقق ذلك يجب أن تكون هذه الحقوق قد تقررت للسلف مراعاة للمال ذاته و ليس لشخصه, كالحق في التامين على الشيء المبيع و الحق في عدم المنافسة بالنسبة للمحل التجاري و الحق في الضمان سواء ضمان العيوب أو الاستحقاق .[2] أما إذا كانت الحقوق لا تعتبر مكملة للمال بالمعنى السابق فإنها لا تنتقل إلى الخلف , كما لو اتفق مالك الأرض مع مقاول على إقامة مبنى عليها , ثم باع هذه الأرض فلا ينتقل حقه قبل المقاول إلى المشتري .[3]

أما الالتزامات التي ينشئها عقد السلف , فتكون من محددات المال الذي انتقل إلى الخلف الخاص و من ثم تنتقل إليه , إذا كانت مقيدة للمال أو للانتفاع به . و هنا أيضا يجب أن يكون المال ذاته و ليس شخص المتعاقد محل الاعتبار في إنشاء هذه الالتزامات , ومن هذه الالتزامات التزام مالك الأرض بان لا يبني عليها أكثر من ارتفاع معين , فهذا ما يتحقق مع

---

(1) سلطان أنور , مصادر الالتزام , مرجع سابق , ص 198 .
(2) ابوالليل , المصادر الإرادية , مرجع سابق , ص 320 .
(3) الصدة , نظرية العقد , مرجع سابق , ص 536 – ص537 .

الالتزامات العينية التي تحد من سلطان المالك على الشيء الذي يملكه .(1) أما إذا كانت الالتزامات غير محددة للانتفاع فلا تنتقل إلى الخلف الخاص , كمن استأجر كراج لإيواء سيارته ثم باع سيارته, فان الالتزام المتعلق بالكراج لا ينتقل إلى المشتري .(2) فلا يملك هذا الخلف حقا تجاه صاحب الكراج , و ليس لهذا الأخير أن يلزمه بعقده مع سلفه .(3) و يتعين لتمسك الخلف الخاص بالحقوق التي تعد من توابع المال الذي انتقل إليه و المترتبة على عقد ملزم للجانبين أبرمه سلفه, أن يتم تنفيذ الالتزامات المتقابلة لهذه الحقوق .(4)

و الخلف الخاص يتلقى الحق بالحالة التي كان عليها في ذمة السلف , فإذا كانت حقوق و تكاليف عينية مقررة لمصلحة الشيء أو عليه كارتفاق أو رهن , فان الشيء ينتقل إلى الخلف بما له أو عليه من حقوق أو تكاليف , وفقا لقاعدة أن الشخص لا يستطيع أن يدلي إلى غيره بأكثر مما يملك , و القاعدة التي تقضي بان الملحقات تتبع الأصل .(5) و يتأثر الخلف بسوء أو حسن نية سلفه , فإذا قام شخص بالتصرف في ملك غيره فان الخلف الخاص , يتأثر بما يتأثر به السلف من حيث عدم نفاذ التصرف في حق المالك الأصلي إذا لم يقره .(6) وإذا كان السند الذي تملك به السلف هذا الحق باطلا , فان سند الخلف الخاص الذي ينتقل بموجبه محل الاستخلاف يعتبر باطلا لان ما بني على باطل فهو باطل . و كذلك الحال إذا كان سند انتقال الحق موصوفا بإحدى الصفات كالأجل أو الشرط فانه ينتقل إلى الخلف بهذه الصفة , و كذلك الأمر بالنسبة للرهن أو إذا كان الحق منتجا لفوائد أو مستحقا أو له أو عليه حق عيني .(7)

---

(1) أبو الليل , المصادر الإرادية , مرجع سابق , ص 320 .
(2) الصدة , نظرية العقد , مرجع سابق , ص 538 .
(3) النقيب , نظرية العقد , مرجع سابق ,ص 399 .
(4) أبو الليل , المصادر الإرادية , مرجع سابق , ص 321 .
(5) الصده , نظرية العقد , مرجع سابق , ص 535 .
(6 )المادة (551) من القانون المدني الأردني .
(7) وهدان , رضا متولي (لات ) . انتقال أثار العقود إلى الخلف الخاص , دراسة مقارنة , دار الجامعة الجديدة , الإسكندرية , مصر , ص 35 .

وقد بين المشرع الأردني حالة الخلف الخاص إذا ما انتقل إليه حق صوري كان سلفه طرفا فيه , و كان الخلف لا يعلم بالصورية أي كان حسن النية . فقد أجاز له المشرع الأردني أن يتمسك بالعقد الحقيقي أو الصوري وفق ما تقضي به مصلحته , و يستطيع إثبات الصورية بجميع طرق الإثبات . أما إذا كان يعلم بالصورية فان العقد الحقيقي هو الذي يسري في مواجهته إذا كان صحيحا .[1]

بعد بيان المقصود بالخلف الخاص و شروط انتقال الحقوق و الالتزامات من السلف إليه , ننتقل إلى بيان وجوب التزام الخلف الخاص بحسن النية في تلقيه الحقوق و الالتزامات من سلفه, و في تنفيذه لتلك الالتزامات .

إن الخلف الخاص ملزم بالتقيد بما يقضي به مبدأ حسن النية , سواء في تلقي الحقوق و المطالبة بها أو في تنفيذ الالتزامات التي آلت إليه , بنفس الطريقة التي التزم بها سلفه المتعاقد . فيجزى لحسن نيته و يجازى لسوء نيته , لذلك فان المشرع حتم عليه تنفيذ التزاماته بطريقة تتفق وحسن النية سندا للمادة (202) من القانون المدني الأردني و التي أوجبت على المتعاقد تنفيذ العقد بحسن نية .[2] و حيث إن تلقي الخلف الخاص هو امتداد لتلقي السلف لهذه الحقوق, و حيث أن تنفيذ الخلف الخاص للالتزامات التي آلت إليه هو امتداد لالتزام السلف في تنفيذ هذه الالتزامات , فانه ملزم بتنفيذها بحسن نية إذ إن هذا الالتزام لا يقتصر على المتعاقد السلف بل يشمل خلفه الخاص , فلا يقبل من الخلف الخاص إدعاءه انه لا يعلم بحق الغير على المال الذي انتقل إليه بقصد التهرب من التزاماته . فكما الزم القانون و العقد السلف بهذا التنفيذ , فالخلف الخاص ملزم بذلك أيضا و بكل ما يتفرع عن حسن النية من التزامات و أصول تنفيذية , و في ذلك حماية لكلا الطرفين من الغش و التعسف و مظاهر سوء النية الأخرى . لذلك و منعا

---

([1]) المادة (368) من القانون المدني الأردني , تقابلها المادة(244) من القانون المدني المصري .
([2]) المادة (148) من القانون المدني المصري .

من التكرار أحيل إلى المطلب الأول من هذا المبحث و الخاص ببيان التزام المتعاقد بحسن النية في تنفيذ العقد , ذلك أن التقييد بمبدأ حسن النية و الالتزامات المتفرعة عنه واجبة الإتباع من المتعاقد السلف و خلفه الخاص .

و هذا ما ينطبق أيضا بالنسبة للقانون الإنجليزي" فالمتعاقد و خلفه الخاص ملزمان بالتقيد بما يوجبه مبدأ حسن النية , فالمتعاقد الذي يكتسب ملكية شئ قد يلتزم بالتزامات كانت مترتبة على الشيء نفسه , حيث أن العقد ليس ملزما فقط لأطرافه الأصليين فحسب بل هو ملزم لخلفهم أيضا, فالقيود الواردة على الأرض مثلا ليست ملزمة للمتعاقدين الأصليين , بل هي ملزمة لمشتري تلك الأرض إذا كان يعلم بها ".[1] و من ذلك أيضا أن المشتري يلتزم بكل الالتزامات التي علم بها و اتفق مع سلفه أن تنتقل إليه , كما جرى في قضية (Miller) و فيها تعاقدت شركة الأمة البريطانية للتامين مع السيد ميلر بان تدفع لورثته مبلغ مائتين جنيه عند وفاته , مقابل أن يقوم السيد ميلر بدفع قسط سنوي معين إلى الشركة . و حصل أن اشترت شركة الاتحاد الأوربي للتامين أعمال شركة الأمة البريطانية و تعهدت بتنفيذ التزامات شركة الأمة , كما أن شركة الأمة وافقت على أن يكون دفع الأقساط إلى شركة الاتحاد الأوربي . و وافق السيد ميلر أن يدفع الأقساط السنوية إلى شركة الاتحاد الأوربي بدلا من شركة الأمة . كما أن الاتفاقات المقيدة (Restrictive covenants) تكون مقيدة للخلف . و الاتفاق المقيد هو تعهد رسمي بين مالكين لأراضي متجاورة , يلتزم بموجبه مالك الأرض بعدم استعمالها بطريقة أو بأسلوب معين في الاتفاق و يكون هذا الالتزام قابلا للتنفيذ , حيث يمكن للمحال إليه أي من انتقلت له الأرض الاستفادة من هذا الاتفاق أو الالتزام و إن لم يكن طرفا في الاتفاق . و على الرغم من أن الاتفاقات المقيدة تسري على الأرض فقط , إلا انه حكم في قضية ( The

---

([1]) Smith , The law of contract , page 99 .

Case strathcona 1926) أن مثل هذه الاتفاقات تسري على السفن أيضا , حيث حكم في تلك القضية بان الشرط الذي كان بين بائع السفينة و مستأجرها يسري بحق المشتري , و إن لم يكن طرفا في عقد المشارطة .[1]

**المبحث الثاني : التزام الدائن و الغير بحسن النية.**

(1) العنبكي , مبادئ العقد , مرجع سابق , ص 141 – ص146 .

لا بد من بيان أثر التزام الدائن و الغير بما يقتضيه مبدأ حسن النية بالنظر إلى أن الدائن و الغير ممن يتأثر بعملية تنفيذ العقد , ذلك أن التزام الدائن بحسن النية يوجب عليه أن لا يلجأ إلى الغش أو الخداع للتشكيك في ملاءة الذمة المالية لمدينه أو للإنقاص من الضمان العام للدائنين , كما لو اتفق مع مدينه على تهريب أمواله . وقد حمى المشرع الدائن من المظهر الكاذب الذي يصوره المدين أو يشترك في تصويره ليخفي حقيقة قانونية معينة , فلو أبرم المدين عقداً صورياً "جاز لدائنه أن يتمسك بالعقد المستتر أو الصوري إذا كان حسن النية ".[1] كما وفر له الحق في اللجوء إلى دعاوي خاصة لحمايته من سوء نية المدين.

وإذا كان أثر العقد ينصرف إلى المتعاقدين و خلفهما وبشكل غير مباشر إلى دائنيهما, فانه لا ينصرف إلى الغير الأجنبي عن العقد .[2] وبالرغم من أن الغير لا يضار أو ينتفع من العقود التي يبرمها الآخرون , إلا أنه في حال تأثره بالعقد فإن المشرع وفر له الحماية " إذا كان حسن النية , كالحماية التي وفرها المشرع للنائب ومن تعاقد معه حسني النية, عندما يجهلان سبب انقضاء النيابة حيث قرر سريان اثر هذا العقد في حق الأصيل",[3] وكذلك الأمر لجوء المدين إلى الاشتراط لمصلحة الغير لتهريب أمواله من الدائنين , و كما لو تواطأ مع أحد المتعاقدين للإضرار بالمتعاقد الأخر, و غيرها من الحالات التي تدخل في نطاق سوء النية التي حرمها القانون . لذلك سأقسم هذا المبحث إلى مطلبين المطلب الأول: يتناول اثر حسن النية بالنسبة للدائن , و المطلب الثاني: يتناول اثر حسن النية بالنسبة للغير .

---

(1) المادة (368) من القانون المدني الأردني .
(2) المادة(199) من القانون المدني الأردني .
(3) المادة (111) من القانون المدني الأردني .

## المطلب الأول : أثر حسن النية بالنسبة للدائن

إن للدائنين ضمانا عاما على جميع أموال مدينهم,فلا يقع على مال معين بالذات,بل هو عام على كل أموال المدين و هو مشترك بين الدائنين على التساوي.[1] وقد عبرت عن ذلك المادة (365) من القانون المدني الأردني , حيث نصت على انه" مع مراعاة أحكام القانون , أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه و جميع الدائنين متساوون في هذا الضمان" . فالضمان العام يشمل جميع أموال المدين وقت تنفيذ الدائن بحقه , أي أن الضمان يشمل الأموال التي اكتسبها المدين في تاريخ لاحق لتاريخ نشوء حق الدائن , و لا يشمل الأموال التي خرجت من ملكه قبل التنفيذ , إذ ليس للدائن العادي ما للدائن ذي التامين الخاص من حق عيني على مال محدد للمدين , يخوله تتبعه و من ثم التنفيذ عليه . كما أن الضمان مقرر لجميع الدائنين فهم متساوون , بحيث إذا اشترك عدة دائنين في التنفيذ على مال للمدين , و لم يكن المال كافيا لسداد الديون قسم المال بين الدائنين الحاجزين قسمة غرماء كل بنسبة دينه . لذلك فان لكل دائن مصلحة في الحفاظ على أموال المدين و في زيادتها , و في نقص ديونه أو على الأقل عدم زيادتها , لان ذلك يزيد من فرصة استيفائه لحقه كاملا .[2]

و على ذلك فانه يقصد بالدائن دائن أي من المتعاقدين , فهو أجنبي عن العقد الذي يكون مدينه طرفا فيه , لذلك فان آثار العقد لا تنصرف إلى الدائن , لأنه لا يعد خلفا عاما و لا يعد خلفا خاصا للمتعاقد , و لكنه يتأثر بالعقد بطريق غير مباشر بتأثر الضمان العام للمدين بزيادته أو نقصانه . حيث انه من مصلحة الدائن أن يحافظ المدين على أمواله , فزيادة أموال المدين تقوي ضمان الدائن و نقصها يؤثر على اقتضائه لحقه , لذلك كان من حقه أن يحمي نفسه من

---

([1]) السعدي , محمد (2004) . النظرية العامة للالتزامات , القسم الثاني , أحكام الالتزام , دراسة مقارنة في القوانين العربية , دار الكتاب الحديث , القاهرة , مصر , ص 109

([2]) الفار , أحكام الالتزام , مرجع سابق , ص 80- ص81 .

سوء نية المدين و يحافظ على الضمان العام , من خلال لجوئه إلى الوسائل القانونية لحماية حقه من إهمال المدين أو إعساره أو تصرفاته الضارة أو الصورية . حيث إن مثل هذه التصرفات سواء تمت بصورة عمدية بقصد إلحاق الضرر بالدائن أم أهمل المدين في التحري و التبصر عن حقيقة التصرف الذي أبرمه و الحق الضرر بالدائن , فان فعله أو امتناعه هذا يتعارض و حسن النية . إذ من واجب المدين أن يسعى دائما لأداء ما عليه من التزامات وفق ما يوجبه مبدأ حسن النية , فلا يلجأ إلى تصرفات من شانها حرمان الدائن من حقه أو التقليل من فرصة استيفاء الدائن لحقه كاملا . و من واجب الدائن أيضا أن يلتزم حسن النية , بحسن الاقتضاء فلا يتعسف في مطالبة مدينه بحقه , فكلاهما متعاقد وواجب عليهما التنفيذ بطريقة تتفق و حسن النية. فالمدين الذي تلقى حقوقه يجب أن ينفذ التزاماته طوعا و بالوقت المحدد و بدون مماطلة أو تسويف , و هذا ما يتوقعه الدائن الذي نفذ التزاماته فتحولت إلى حقوق استوفاها المدين فعلا, لكن المدين بعد أن استوفي حقوقه لم ينفذ ما عليه من التزامات تجاه الدائن . مع انه يجب على المدين كما اخذ من الدائن يجب أن يعطي المقابل , و بما أن المدين لم يعط المقابل فنكون أمام اختلال في التوازن العقدي يوحي بسوء النية . لذلك تدخل المشرع إلى جانب الدائن و وفر له الوسائل لحمايته من تصرفات المدين الضارة و من إهماله , لإجباره على التنفيذ وصولا إلى التوازن الذي اختل بسبب امتناع المدين عن التنفيذ .

فالدائن العادي " ليس بخلف عام لأنه لا يتلقى مجموعة حقوق باعتبارها وحدة معنوية أو نسبة منها كشأن الخلف العام , و لا يعتبر خلفا خاصا له إذ لا ينتقل إليه حق كان قائما في ذمته كشأن الخلف الخاص . و مع ذلك يتأثر الدائن بالعقود التي يبرمها مدينه , فإذا ترتب عليها زيادة أمواله قوي ضمانه و إن نجم عنها نقص أمواله ضعف ضمانه . و إذا كان الدائن يتأثر بتصرفات مدينه التي يترتب عليها نقص أمواله و تنعكس عليه أثار هذه التصرفات , فإن المشرع

لم يتركه دون حماية إزاء التصرفات الضارة به , متى كان المدين سئ النية أي أهمل في حفظ ماله أو تعمد إنقاص أمواله للإضرار بالدائن ".[1]

كما أن للدائن حقوقا ليست للخلف العام , ففي حال حياة المدين خول القانون الدائن وسائل تضمن حمايته من تصرفات المدين الضارة , بالإضافة إلى قاعدة أن لا تركة إلا بعد سداد الديون .[2] حتى أن قاعدة أن لا تركة إلا بعد سداد الديون ما هي إلا لحماية الدائن , من انتقال التركة إلى الورثة بحقوقها و التزاماتها , ليتمكن من استيفاء دينه بالتقدم على دائن الوارث. فعلى الرغم من أن الدائن العادي يعد من الغير بالنسبة للتصرفات التي يبرمها مدينه, إلا أن علاقته به تمنحه بعض السلطات الاستثنائية التي لا يملكها الغير كلية عن العقد .[3] فإذا أهمل المدين في المطالبة بحق له في ذمة الغير , جاز للدائن أن يطالب بهذا الحق باسم المدين بطريق الدعوى غير المباشرة . و التي قررها المشرع الأردني في المادة (366) من القانون المدني , حيث نصت على انه" لكل دائن و لو لم يكن حقه مستحق الأداء , أن يباشر باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان متصلا منها بشخصه أو غير قابل للحجز. ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق , و إن إهماله من شانه أن يؤدي إلى إعساره , و يجب إدخال المدين في الدعوى ".[4]

كما يمكن للدائن أن يلجأ إلى دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في حقه أي الدعوى البولصية , عندما يعمد المدين الذي ساءت حالته المالية إلى بيع أمواله الظاهرة كالعقارات ليخفى ثمنها عن دائنيه , أو قد يعمد و نكاية بدائنيه إلى محاباة الغير من أقاربه أو أصدقائه بان يبيعهم بثمن بخس أو يهبهم إياه , أو قد يجامل أحد الدائنين على حساب الغير . لذلك قرر المشرع

---

([1]) فودة, , عبد الحكم (1996) . النسبية و الغيرية في القانون المدني , دراسة عملية على ضوء الفقه و قضاء النقض , دار الفكر الجامعي , الإسكندرية , مصر , ص 37-38 .
([2]) الصدة , نظرية العقد , مرجع سابق , ص 543 .
([3]) أبو الليل , المصادر الإرادية , مرجع سابق , ص 313- ص324 .
([4]) تقابلها المادة(235) من القانون المدني المصري .

حماية الدائنين من هذه التصرفات و التي تعبر عن سوء نية المدين عن طريق عدم نفاذ التصرف في مواجهتهم , فالأساس في هذه الدعوى هو حماية الدائن من غش مدين معسر .[1] و قد تبنى المشرع الأردني هذه الدعوى في المادة (370_371) من القانون المدني .[2] و الذي حرم على المدين الذي أحاط الدين حالا و مؤجلا بماله بان زاد عليه أو ساواه , أن يتصرف بماله تبرعا أو معاوضة ولو بغير محاباة إذا طالبه الدائنون بذلك , و يلاحظ أن مطالبة الدائنين للمدين بالدين هو إعلام له بمقدار الدين المتحقق في ذمته لمصلحة الغير , فإذا علم أن الدين قد أحاط بماله فانه بتصرفه به , يكون قد قصد إلحاق الضرر بالدائنين , وهو ما يرتب عدم نفاذ تصرفه في مواجهة الدائنين , و لا يشترط علم المتصرف له بإحاطة الدين بمال المدين و لا يشترط سوء نيته , ولكن في حالة عدم علمه أي حسن نيته فان له أن يرجع على المدين بالضرر الذي أصابه .[3] أما المشرع المصري فقد اشترط لعدم نفاذ تصرف المدين بعوض ان يكون تصرف المدين منطويا على غش منه , و أن يكون من صدر التصرف له على علم بهذا الغش . و يكفي لاعتبار التصرف منطويا على غش أن يكون قد صدر من المدين و هو عالم انه معسر , كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بالغش إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر . أما إذا كان التصرف تبرعا فانه لا ينفذ في حق الدائن , و لو كان من صدر له التبرع حسن النية و لو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا .[4]

و يكون أمام الدائن أيضا إذا ابرم المدين تصرفا صوريا يضر بالدائن أن يطعن بالتصرف بدعوى الصورية , حيث نصت المادة(368) من القانون المدني الأردني على انه" إذا ابرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين و للخلف الخاص متى كانوا حسني النية , أن يتمسكوا بالعقد الصوري

---

(1) الفار , أحكام الالتزام , مرجع سابق , ص 100_ ص101 .
(2) تقابلها المادة(237) من القانون المدني المصري .
(3) حداد , رومان , مرجع سابق , ص 81- ص82 .
(4) المادة (238) من القانون المدني المصري .

, كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر و يثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي اضر بهم . وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن , فتمسك البعض بالعقد الظاهر و تمسك الآخرون بالعقد المستتر , كانت الأفضلية للأولين ".[1] فيكون للدائن في الصورية نفس خيار الخلف الخاص إلا أن الدائن يفترق عن الخلف من وجوه , فالدائن لا ينتقل إليه الحق أو الالتزام الذي يعقده مدينه , بل له فقط أن يستعمل هذه الحقوق باسم المدين , طالما أنها ثابتة في ذمته و استعمالها يكون بالدعوى غير المباشرة . و الدائن أيضا لا يتأثر في بعض الأحوال بالعقود الصادرة عن مدينه , حيث يعتبر من الغير إذا ما تصرف المدين بماله تصرفا يقصد منه الإضرار بدائنه .[2]

كما يمكن للدائن حماية حقوقه من خلال دعوى الحجر على مدينه إذا زادت ديون المدين الحالة على أمواله , حيث يستطيع الدائن الوصول إلى حقه دون أن يخشى غش المدين أو إهماله . و بصدور الحكم بالحجر تحل ديون المدين المؤجلة , و لا ينفذ في حق الدائنين جميعا تصرفه في ماله الموجود و الذي سيوجد بعد إقراره بدين لأخر و ذلك من تسجيل الدعوى . فلا يسري في حق الدائن أي تصرف للمدين يكون من شانه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته و لا أي وفاء يقوم به المدين , و بذلك يتيسر للدائن أن يحصل على اكبر قدر ممكن من حقه .[3] و من هذا يتضح أن الدائن يصبح من الغير في الحالات الثلاث , بمعنى أن الدائن يحق له حينئذ أن يتجاهل تصرف المدين و ينفذ بحقه على المال الذي ورد عليه التصرف .[4]

تجدر الإشارة إلى أن الدائن حتى يستفيد من هذه الوسائل القانونية يجب ان يكون حسن النية . فهذه الدعاوى ما وضعت إلا لحمايته من سوء نية المدين , و التي قد تتمثل بتهريبه أمواله من خلال عقود صورية أو تصرفات ضاره بدائنيه أو إهماله أو تعمده عدم المطالبة

---

(1) تقابلها المادة(244) من القانون المدني المصري .
(2) وهدان , انتقال آثار العقود إلى الخلف الخاص , مرجع سابق , ص 35 .
(3) المواد (375-386) من القانون المدني الأردني , و المواد (249- 264) من القانون المدني المصري .
(4) الصدة , نظرية العقد , مرجع سابق , ص 543 .

بحقوقه لدى الغير , فلو كان الدائن سئ النية كما لو أقدم على التواطؤ مع المدين على إبرام عقود تحابيه على حساب غيره من الدائنين , أو كان الدائن يعلم بالصورية أو أن العقد الصوري قد ابرم لمصلحته أو ارتكب غشا تجاه غيره من الدائنين لتفضيل نفسه على غيره , فانه بهذا يفقد أية ميزه كسبها من ذلك التصرف , و يمكن لبقية الدائنين ممارسة حقهم في رفع أي دعوى في سبيل عدم نفاذ التصرف بحقهم , و لا يعود له ميزة الدائن حسن النية بالنسبة للصورية فيسري بحقه العقد الحقيقي و لا يكون له الخيار في ذلك . كذلك الحال "لو وفى المدين لأحد الدائنين دون الآخرين , فان وفاءه هذا لا ينفذ إذا كان المدين محجورا للدين ووفى من المال المحجور أو مريضا مرض الموت و كان الوفاء يضر ببقية الدائنين ".[1] فكلما كان الدائن ملتزما بحسن النية كلما جنى المزايا التي تترتب على ذلك , كما هو الحال "عندما يجرد الدائن من سند الدين أو مما حصل عليه من التأمينات أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقي المدة المحددة لسماعها , بسبب حصول الوفاء من غير المدين , و قبول الدائن هذا الوفاء بحسن نية لاعتقاده أن الموفي ملزم بأداء الدين ومعتقدا بصحة الوفاء , لذلك كان هو الأولى بالرعاية فلا يجب عليه رد ما قبض , و لمن أوفى أن يرجع على المدين الحقيقي بالدين و بالتضمين إن كان له محل ".[2]

و قد حرص المشرع الأردني على حماية الدائن من سوء نية المدين , بوضع القواعد التي تضمن حماية الدائن حسن النية من أي تصرف يصدر عن المدين قد يلحق الضرر بدائنيه , حتى انه جعل من سوء نية المدين سببا لإيقاع عقوبة جزائية عليه . فقد قررت المادة(2/383) من القانون المدني "أن المدين يعاقب بعقوبة الاحتيال في الحالات التالية : أولا: إذا رفعت عليه دعوى بدين فتعمد التفليس بقصد الإضرار بدائنيه و انتهت الدعوى بصدور حكم عليه بالدين . و ثانيا: إذا كان بعد الحجر قد أخفى بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها أو اصطنع ديونا

---

([1])المادة (319) من القانون المدني الأردني .

([2])المادة (299) من القانون المدني الأردني , تقابلها المادة (184) من القانون المدني المصري .

صورية أو مبالغا فيها و ذلك كله بقصد الإضرار بدائنيه . أما الحالة الثالثة: إذا غير بطريق الغش موطنه و ترتب على هذا التغير ضرر لدائنيه" .[1] فإذا رفعت دعوى على المدين من قبل الدائن و حكم على المدين بالدين و الحجر , فان المدين إذا اقدم على فعل ما ذكر في النص من أفعال ضارة بمصلحة الدائن , فانه يعاقب بعقوبة جريمة الاحتيال . لان سوء النية في هذه الحالات قد بلغ مرتبة جسيمة تثبت أن المدين أقدم على فعله للإضرار بدائنيه و التهرب من التزاماته . و قد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون الأردني الملحقة بالمادة (383) انه" إذا اقترف المدين أي من الأفعال المشار إليها , أو غير مكان إقامته بطريق الغش دون أن يوجه الإخطار اللازم إلى قلم المحكمة التي انتقل إلى دائرتها , فانه يمتنع العلم بحالة الحجر على من يتصرف له المدين من الاغيار حسني النية , و بذلك يكون التصرف الصادر من المدين بمأمن من طعن دائنيه , لذلك يستتبع بهذه المثابة توقيع عقوبة الاحتيال" .

و كذلك فقد فرض المشرع الأردني عقوبة جزائية على من يستولي غشا على شئ من مال التركة , و في ذلك حماية للدائن من خلال المحافظة على ضمانه العام و حماية للورثة , من كل شخص يستولي على شئ من التركة بسوء نية . فقد نصت المادة (1100) من القانون المدني الأردني على انه" يعاقب بعقوبة إساءة الائتمان كل من استولى غشا على شئ من مال التركة و لو كان وارثا ".[2] و حيث أن جميع أموال المدين ضامنة لديونه مادام حيا , فان مات تعلقت هذه الديون بتركة المدين . لذلك فرض المشرع قاعدة أن لا تركة إلا بعد سداد الديون لحماية الدائن , حيث لا توزع أموال التركة على الورثة إلا بعد تسديد حقوق الدائنين . لذا يجب المحافظة على أموال التركة كونها ضمان للدائنين , وما زاد عن ذلك فهو حق لجميع الورثة لا يجوز لأحد الانفراد به أو التواطؤ مع غيره لتحقيق منفعة لنفسه على حساب دائن أو وارث .

---

([1]) تقابلها المادة(260) من القانون المدني المصري , وهو شبيه بالنص الأردني إلا أن العقوبة الجزائية هي عقوبة التبديد . وهو بهذا كالقانون الأردني فرض عقوبة جزائية على سوء نية المدين .

([2]) تقابلها المادة(889) من القانون المدني المصري , و الفرق أن النص المصري فرض عقوبة التبديد في مثل هذه الحالة .

و قد أوجب المشرع على الدائن أن يكون حسن النية في تعامله مع مدينه , فهو أجنبي بالنسبة لعقد مدينه مع متعاقد أخر , وهو متعاقد مع المدين من جهة أخرى في عقد أخر, لذلك فانه يلتزم بما يلتزم المتعاقد به من وجوب تنفيذ العقد بحسن النية . فالوسائل التي أعطاها القانون للدائن لحفظ حقه هي حقوق له يجب عليه أن لا يسئ استعمالها , و إلا تعرض للمسائلة و فقدان بعض المزايا التي تترتب على التزامه حسن النية كما سلف . و هذه الوسائل وسائل عادلة راعت مصلحة الدائن و المدين المعسر , و قد نظم المشرع الأردني و المشرع المصري حالة المدين المعسر" تنظيما راعيا فيه أن الإعسار حالة واقعة ينبغي أن يعترف بها القانون و أن يعالج ما ينشأ عنها من صعوبات . فجعل الإعسار من مسقطات اجل الدين , و أسس عليه جواز الطعن في تصرفات المدين عن طريق الدعوى البولصية , وجواز استعمال ما للمدين من حقوق بمقتضى الدعوى غير المباشرة و منح الدائن الدعوى الصورية و دعوى عدم النفاذ , و الحق بطلب الحجر على المدين أو إعلان إعساره و الحق بحجز أموال المدين, و الحق في احتباس الدائن ما في يده حتى يوفي المدين ما عليه" .[1] وهذه الحقوق ممنوحة للدائن لغايات المحافظة على حقه و لغايات استيفاء هذا الدين , وصولا إلى إعادة حالة التوازن التي يفرضها مبدأ حسن النية .

و على غير ما هو الحال في القانون الأردني و المصري , فان القانون الإنجليزي لا يعرف الدعاوى المشار إليها كوسيلة لحماية الدائن .مع هذا فالدائن ملزم أن يقوم بأداء التزامه بحسن نية , و أن يكون حسن النية في اقتضاء حقه كونه متعاقد بشكل أو بأخر, فكما أن المدين ملزم بتنفيذ التزاماته بحسن نية كذلك الدائن. وحيث أن المدين يعتبر أمينا على ماله لصالح الدائنين , فإذا تصرف بشكل يضر بالدائنين فانه يكون للدائنين الحق برفع دعوى للمطالبة

---

([1]) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني , الجزء الأول , ص 433 .

لإلزامه بتنفيذ التزاماته والرجوع على المتصرف له.وهذا ما يعرف بدعوى( Action by beneficiary under trust )فقضى القضاء الإنجليزي في قضية (Tomlinson v. Gill 1756) أن المدعى عليه قد التزم لأرملة المتوفى , بأنها إذا سمحت له بالاشتراك في إدارة تركة زوجها فانه سيعمل بطريقة تؤدي إلى دفع الديون . و بعد أن وافقت زوجة المتوفى على ذلك , قام الدائنون بمطالبة المدعي عليه بتنفيذ العقد . و حكم انه يحق للدائنين القيام بذلك للحصول على منافع العقد المعقود بين زوجة المتوفى و المدعي عليه لان تلك الزوجة كانت قد دخلت العقد باعتبارها أمينة عن الدائنين . و لا بد من الإشارة إلى أن هذا المبدأ قد تقرر بموجب قواعد الإنصاف .(1) كما يمكن لدائن المدين أن يرفع دعوى للمطالبة بحقوقه العقدية ضد مدين مدينه , إذ يمكن لدائن المقاول أن يطالب مدين المقاول بحقوق المقاول لاستيفاء حقه , فقد أعطاه القانون الإنجليزي الحق برفع دعوى للمطالبة بحقوقه على أساس العقد المبرم بين المقاول و مدينه , بالرغم من أن الدائن ليس طرفا في ذلك العقد . و من ذلك أيضا أن القضاء الإنجليزي قضى في قضية (Shanklin v. Detel prouducts lt) أن تعهد المدين للدائن أن يقوم بدهان موضوع العقد بدهان يدوم لمدة سبع سنوات , و بعد مرور ثلاثة شهور تلف الدهان , الذي تم شراؤه من بائع ضمن أن نوعية الدهان تدوم سبع سنوات . فحكم انه يجوز لدائن المدين أن يحتج بالعقد المبرم بين المتعهد و البائع , و يطلب من البائع تنفيذ التزامه .(2) و عليه فان التزام الدائن بحسن النية يوفر له الحماية في ظل القوانين الثلاثة المقارنة , أما التزام الغير بحسن النية فسيأتي بيانه في المطلب التالي .

---

(1) العنبكي , مبادئ العقد , مرجع سابق ., ص 139 – ص140 .

(2)Treitel , law of contract , page 540 .

## المطلب الثاني : أثر حسن النية بالنسبة للغير

الغير عن العقد قد يكون الخلف العام عندما يبرمه السلف في مرض الموت , و قد يكون الخلف الخاص غير عن العقد إذا كان العقد غير سابق على انتقال الشيء إليه , أو كان الحق و الالتزام ليس من مستلزمات الشيء أو انتفى علم الخلف الخاص به وقت انتقال الشيء. و الدائن غير في الدعوى البولصية و في الصورية إذا تمسك بأحد العقدين فيكون غيرا بالنسبة للعقد الأخر .[1] كذلك الحال فإن الدائن يكون من الغير بالنسبة للتصرفات الضارة الصادرة من

[1] خاطر , صبري (2001) . الغير عن العقد , دراسة في النظرة العامة للالتزام , الطبعة الأولى , دار الثقافة , عمان , الأردن , ص 53 .

المدين . و قد يكون الغير هو الأجنبي أساسا عن العقد و غير الممثل فيه , فهو ليس خلفا عاما أو خاصا .

الغير الأجنبي عن العقد لا تنصرف إليه أثار العقد , و هو غير معني بتنفيذه , لأنه بعيد عن دائرة التعاقد و ليس له صلة بأطراف العقد , حيث إن آثار العقد تنصرف إلى أطرافه فقط كأصل عام . و ليس في هذا القول سوى تقرير لقاعدة مسلم بها عبر العصور , عبر عنها الرومان بمبدأ مشهور في فقه القانون , بان الأمر المتفق عليه بين البعض لا يمكن أن يضر أو يفيد غيرهم . فلا يترتب على العقد ضرر أو منفعة لغير عاقديه , فلا يجوز للغير أن يتمسك به للإفادة منه و لا يمكن أن يلحق به ضرر بالاحتجاج به عليه .(1) مع وجود استثناءات على هذه القاعدة تبناها المشرع الأردني في المادة (208) من القانون المدني الأردني , حيث نصت على "أن العقد لا يرتب شيئا في ذمة الغير و لكن يجوز أن يكسبه حقا".(2) فالغير يمكن أن يكتسب حقا من عقد ليس طرفا فيه على سبيل الاستثناء , ولكن القاعدة مطلقة فيما يتعلق بالالتزامات فلا يمكن إلزام شخص بعقد لم يكن طرفا فيه .

و مع هذا فان الغير ملزم أيضا بالتقيد بما يوجبه مبدأ حسن النية في حال تأثره بالعقد , كما لو رتب العقد حقوقا له أو قبل الغير بتنفيذ التزامات عقدية . و التزامه بمبدأ حسن النية يكسبه مزايا و يحفظ حقه و يوفر له الحماية القانونية , على العكس مما لو كان سئ النية كما لو تواطأ مع المدين لتهريب أموال الأخير من وجه دائنيه . حيث يتجلى التزام الغير بحسن النية بالكف عن أي فعل قد يلحق ضررا بمن سواه و إلا قامت مسؤوليته , فعليه تجنب اللجوء إلى الغش أو التواطؤ أو التعسف أو الإخلال بالتوازن العقدي . بل عليه أن يسلك السلوك المعتاد و المألوف بان يمتنع عن كل ما يلحق الضرر بغيره .

---

(1) فودة , عبد الحكم , النسبية و الغيرية , مرجع سابق , ص 42 .
(2) تقابلها المادة (152) من القانون المدني المصري , و هي مطابقة للنص الأردني .

و قد وفر المشرع الأردني الحماية لحق الغير حسن النية , فلا ينفذ في مواجهته العقد "إذا كان قد صدر بناء على غش أو بقصد الإضرار بحقوقه ".[1] و يعتد بحسن نيته فيحفظ حقه عند توافر الوضع الظاهر , و في الصورية و في الحيازة و في الاشتراط لمصلحة الغير و التعهد عن الغير .

و الاشتراط لمصلحة الغير يشكل استثناء على قاعدة نسبية اثر العقد , و فيه يتفق شخص باسمه يسمى المشترط مع شخص أخر يسمى المتعهد ليقوم هذا المتعهد بتأدية حق لشخص ثالث اسمه المنتفع , إذا كان للمشترط مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية في ذلك . و خير مثال على هذا النوع من العقود هو عقد التامين على الحياة , كما لو أمن المتعاقد على حياته لمصلحة ورثته , أو أن يؤمن الدائن على حياة مدينه أو كاشتراط بائع العقار المرهون على المشتري سداد الثمن إلى الدائن المرتهن . وهذا العقد يبرم بين المشترط و المتعهد , و لا يكون المنتفع طرفا فيه , و لكنه يكتسب منه حقا مباشرا في مواجهة المتعهد , و يستطيع المنتفع أن يطالب المتعهد بتنفيذه ما لم يتفق على غير ذلك , كما يجوز للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو صاحب الحق بذلك.[2] و في تنفيذ عقد الاشتراط يجب على المتعاقدين الالتزام بما يفرضه مبدأ حسن النية من واجبات من عدم الغش أو التعسف و غيرها من مظاهر سوء النية , فيفترض في المشترط ان تكون له مصلحة مشروعة من الاشتراط أي باعثه مشروعا و إلا عد سئ النية , وان لا يلجأ إلى الصورية , وان لا يتواطأ مع المتعهد للإضرار بالدائنين بتهريب أمواله . إذ أن واجب الالتزام بحسن النية في تنفيذ العقد بكل ما ورد فيه و بكل ما هو من مستلزماته , واجب على كل متعاقد في أي عقد كما سلف بيان ذلك .

---

(1) منصور , مصادر الالتزام , مرجع سابق , ص 299 .
(2) المادة (210) من القانون المدني الأردني , تقابلها المادة (154) من القانون المدني المصري .

و يترتب على أن المنتفع يكتسب حقا مباشرا من عقد الاشتراط رغم انه ليس طرفا فيه , أن لا شأن لدائني المشترط بهذا الحق بعد موته بل يخلص للمنتفع وحده لأنه لم يتلقه من المشترط فلو كان قد تلقاه منه بطريق الميراث لتلقاه مثقلا بديون التركة . و أهم تطبيق لهذا المبدأ هو عقد التامين على الحياة , فإذا تعاقد المؤمن له مع المؤمن مشترطا أن يكون مبلغ التامين لمصلحة أولاده , ثم مات فان الأولاد لا يتلقون الحق في تركة أبيهم , بل هو حقهم المباشر قبل شركة التامين . و يترتب على ذلك أن دائني المؤمن له ليس لهم أن يعتبروا حق الأولاد داخلا في تركة مدينهم,إذ ليس لهم الرجوع على أولاد المؤمن له المنتفعين من عقد الاشتراط . كما لا شأن لدائني المشترط بهذا الحق حال حياته , لان الحق لم يخل في مال المشترط حتى يكون داخلا في ضمانهم العام , و ينبني على ذلك انه لا يجوز للدائنين التنفيذ على هذا الحق , و ليس لهم أن يستعملوه باسم مدينهم لأنه ليس حقا لهذا المدين . بل انه "باكتساب المنتفع حقه من الاشتراط مباشرة , يصبح دائنا للمتعهد يشترك مع بقية دائني المتعهد شركة غرماء في استيفاء حقوقهم من مال المتعهد , و يكون لدائني المتعهد أن يستعملوا حق مدينهم بالتمسك في مواجهة المنتفع بأي دفع من الدفوع الواردة في عقد الاشتراط. (1) كما يجوز لدائني المشترط أن يطعنوا بتصرفه بالدعوى البولصية .(2)

أما الاستثناء الثاني فهو التعهد عن الغير الذي تناوله المشرع الأردني في المادة (209) من القانون المدني التي نصت على انه "إذا تعهد شخص بان يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بتعهده , فإذا رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه . و يجوز له أن يتخلص من التعويض بان يقوم هو بنفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به . أما إذا قبل الغير هذا التعهد فان قبوله لا ينتج أثرا إلا من وقت صدوره , ما لم يتبين انه قصد صراحة

---

(1) السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني الجديد , مرجع سابق , ص 650- ص651 .
(2) هرجه , العقد المدني , مرجع سابق , ص 549 .

أو ضمنا أن يستند اثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد ".[1] "و نجد أن التعهد عن الغير ليس إلا تطبيقا لقاعدة اقتصار اثر العقد على المتعاقدين , فالمتعهد لا يمكنه أن يلزم الغير بالوفاء بالتزام معين سواء أكان التزام بنقل حق عيني أم بعمل شئ أم الامتناع عنه , بل أن المتعهد يتعهد بالحصول على موافقة الغير على التعهد و التزام المتعهد هذا هو التزام بتحقيق نتيجة . و بإقرار الغير يكون المتعهد قد نفذ التزامه , أما إذا امتنع الغير عن إجازة التعهد فلا يترتب على امتناعه أية مسؤولية حتى لو كان سئ النية . أما المتعهد فيجب عليه تنفيذ التزامه بحسن نية , إما بتعويض العاقد الأخر الذي صدر الوعد لمصلحته , و إما بالوفاء عينيا بالتعهد الذي ورد عليه الوعد , إذا أمكن ذلك دون إلحاق الضرر بالدائن".[2]

فالمتعاقد يتعاقد مع المتعهد له و يتعهد له بقبول الغير بأن يبرم عقدا مع المتعهد له , و بقبول الغير ينعقد بينه و بين المتعهد له عقد جديد . و في العقدين يلتزم المتعاقدان بتنفيذ العقد بكل ما ورد فيه و بكل مستلزماته وفق ما يمليه مبدأ حسن النية . إذ يراد من التعهد عن الغير علاج موقف لا يمكن الحصول فيه على رضا ذي الشأن لسبب ما , كما لو أقدم الوكيل على تجاوز حدود الوكالة إذا لم يتمكن من الحصول على إذن الموكل , فيستطيع فيما يجاوز الوكالة أن يتعاقد باسمه متعهدا عن الموكل . [3]

ومن الحالات الأخرى التي ينصرف فيها اثر العقد إلى الغير و اشترط فيها المشرع حسن نيته لانصراف اثر العقد إليه توافر حالة الوضع الظاهر , وذلك لغايات حماية التعامل القائم على أساس الوضع الظاهر , و يتحقق ذلك حين يظهر شخص و يتخذ لنفسه صفة معينة على خلاف الحقيقة و يحسبه الناس كذلك . كتصرف الشخص الذي يظهر بمظهر الوارث

---

([1]) تقابلها المادة (153) من القانون المدني المصري .
([2]) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني , الجزء الأول ,ص248 .
([3]) السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني الجديد , مرجع سابق , ص 618 – ص619 .

الحقيقي , و يتصرف بمال من أموال التركة لشخص حسن النية , في مثل هذه الحالة يحتج بالعقد الذي أبرمه الوارث الظاهر تجاه الوارث الحقيقي . و يسري التصرف تجاهه استنادا إلى أن الغلط الشائع يقوم مقام القانون , فمن يتعامل مع هذا الشخص بحسن نية في ضوء الاعتقاد الشائع بين الناس , فانه يكون معذورا و تجب حمايته بان ينفذ التصرف في حق الوارث الحقيقي, و لا يشترط في ذلك حسن نية الوارث الظاهر , فالأساس في هذا الحل الظاهر الذي يقوم عليه اعتقاد الناس و أن يكون التصرف ثابت التاريخ قبل معرفة الوارث الحقيقي .(1) و كذلك الحال إذا تم الوفاء لشخص يحمل سند الدين و هو ليس الدائن الحقيقي , فيحتج بهذا الوفاء في مواجهة الدائن الحقيقي إذا تم الوفاء بحسن نية .(2)

ومن ذلك أيضا ما نصت عليه المادة (114) من القانون المدني الأردني التي نصت على انه" إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت إبرام العقد انقضاء النيابة , فان اثر العقد الذي يبرمه يضاف إلى الأصيل أو خلفائه ".(3) فإذا انقضت النيابة لأي سبب كان فان النائب يفقد سلطته في التصرف نيابة عن الأصيل , و على ذلك إذا كان النائب قد أبرم عقدا مع الغير بعد ذلك , فالأصل أن لا تسري آثار هذا العقد في ذمة الأصيل , فهو يعد من الغير بالنسبة لهذا العقد . و لكن حماية لحسن نية النائب و من تعاقد معه عندما يجهلان سبب انقضاء النيابة , ذهب المشرع الأردني إلى سريان العقد في مواجهة الأصيل , رغم أن القاعدة أن الغير لا يضار من العقود التي يبرمها الآخرون .(4) و يفترض هنا أن هناك مظهرا خارجيا يدعم حسن نيتهما و يبرر الاعتقاد بوجود النيابة و وقوع التصرف في حدودها , كما لو تجاوز مدير الشركة حدود اختصاصه و قام بعمل يدخل وفقا للمألوف في اختصاص مديري الشركات أو

---

(1)الصدة , نظرية العقد , مرجع سابق , ص 435 .
(2) منصور , مصادر الالتزام , مرجع سابق , ص 29 - ص300 .
(3) تقابلها المادة(107) من القانون المدني المصري .
(4) السرحان و خاطر , مصادر الالتزام , مرجع سابق , ص 278 .

عزل الوكيل دون علمه ذلك , و أن النائب يعمل باسم الأصيل . و يفترض أن الغير و النائب لا يعلمان بانتهاء النيابة أو انتفائها , فإذا ثبت سوء النية فان أثار التصرف لا تنصرف إلى الأصيل . على انه في العلاقة فيما بين الموكل و الوكيل الظاهر يجب التمييز بين ما إذا كان الوكيل حسن النية أو سئ النية , فإذا كان حسن النية كما لو كان يعتقد مثلا انه يعمل في حدود الوكالة و قد جاوز هذه الحدود أو أن الوكالة صحيحة و هي باطلة , عندها لا يكون للموكل الرجوع عليه بالتعويض . أما إذا كان سئ النية و كان يعلم أن الوكالة غير قائمة , و مع ذلك أقدم على التعاقد مع الغير فانه يكون قد ارتكب خطا بحق الموكل , يستوجب مسؤوليته التقصيرية فيرجع عليه الموكل بالتعويض عن الضرر الذي أصابه.[1] مع عدم انصراف اثر العقد إلى الأصيل , لان المشرع الأردني و المصري اشترطا أن يكون كل من الوكيل و الغير حسني النية لينصرف الأثر إلى الأصيل في الوكالة الظاهرة . و كذلك في حالة تصرف المشتري من البائع المريض مرض الموت , فان العقد يسري في مواجهة الخلف بالرغم من انه يعد من الغير , فلا يجوز فسخ بيع المريض مرض الموت إذا تصرف المشتري في المبيع تصرفا اكسب من كان حسن النية حقا في عين المبيع لقاء عوض . و في هذه الحالة يجوز لدائني التركة المستغرقة بالديون الرجوع على المشتري من المريض بالفرق بين الثمن و قيمة المبيع و للورثة هذا الحق إن كان المشتري أحدهم , وان كان أجنبيا وجب عليه رد ما يكمل ثلثي قيمة المبيع .[2] و كالعقد الصوري الذي لا وجود له بين المتعاقدين و لكنه يعتبر قائما بالنسبة للغير حسن النية . و كالشركة التي لم تستوف إجراءات التسجيل و النشر المقررة , و التي أبرمت عقدا مع الغير بالرغم من أنها لم تستوف إجراءات تكوينها , يكون لهذا الغير أن يتمسك بشخصية الشركة

---

(1) قرة , فتحية (1986) . أحكام الوضع الظاهر , منشأة المعارف , الإسكندرية , مصر , ص 49 - ص51.
(2) المادة(547) من القانون المدني الأردني .

الفعلية رغم عدم استيفاء الإجراءات المشار إليها , إذا كان حسن النية أي لا يعلم بأنها شركة غير قانونية بمعنى لم تستوف شروط تكوينها .[1]

ففي مثل هذه الحالات وفر المشرع الحماية للغير حسن النية على أساس الوضع الظاهر , و يشترط في ذلك أن يكون الغير حسن النية , و حتى يتوافر حسن النية يجب أن يكون المتعامل مع صاحب المركز الظاهر من الغير , وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان أجنبيا عن التصرف أو الواقعة التي أنشأت الوضع الظاهر و أجنبيا عن أطراف هذه الواقعة أو ذاك التصرف . فلا يعتبر غير من أسهم في وجود التصرف أو الواقعة التي أنشأت الوضع الظاهر أو من كان خلفا لصاحب هذا الوضع . و الشرط الثاني أن يكون الغير حسن النية بان تنتفي لديه نية الإضرار و الغش و التعسف و سوء القصد .[2] و قد تبنت محكمة التمييزالاردنية هذا الموقف , حيث قررت انه" من المبادئ التي استقر عليها الفقه و القضاء أن الوكالة الظاهرة وكالة مقبولة حماية لمصلحة الغير , الذي يتعامل مع الوكيل بحسن نية معتمدا على ظاهر الحال , الذي جعله يعتقد بان الوكيل مفوض بما يجريه من تصرفات" .[3]

إذا فان العقد لا ينتج أثره إلا بالنسبة لعاقديه كقاعدة عامه فلا تنصرف أثار العقد إلى الغير تماما عن العقد , أي لا يصبح دائنا أو مدينا بموجب عقد لم يكن طرفا فيه و لا يجبر على تنفيذه . و لكن ترد على هذا استثناءات كالاشتراط لمصلحة الغير حيث يحتج بالعقد على الغير , و لكن يشترط لنفاذ العقد في مواجهة الغير انتفاء الغش , فإذا كان صدر عن غش للإضرار بالغير فلا ينفذ في مواجهته . و من الأمثلة التي يحتج فيها على الغير بالعقد , تمسك الحائز حسن النية بالعقد كسبب صحيح في مواجهة المالك الحقيقي الذي يعتبر من الغير حيث

---

([1]) المادة (584) من القانون المدني الأردني .تقابلها المادة (506) من القانون المدني المصري .

([2]) قرة , فتحية , أحكام الوضع الظاهر , مرجع سابق , ص 34 .

([3]) تمييز حقوق 1978/383 , سنة 1979 , نقلا عن مدغمش , جمال (1994) . أحكام الوكالة في اجتهاد محكمة التمييز الأردنية , الطبعة الأولى , دار البشير , عمان , الأردن , ص 37 .

انه لم يكن طرفا في العقد , و كذلك عقد الشركة الذي يحدد سلطات المدير يحتج به في مواجهة الغير و عليه احترامه . و مع هذا فانه يمكن للغير أن يحتج بالعقد الذي لم يكن طرفا فيه كواقعة منشئة للمسؤولية التقصيرية , على المتعاقد المخل بالعقد و الذي تسبب بالضرر للغير . فالغير المصاب بضرر من المصعد يطالب بالتعويض على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية و بالاستناد إلى إخلال الشركة المنتجة بالتزامها بصيانة المصعد , أو كالاحتجاج بعقد الزواج كقرينة على صورية التصرف المبرم إضرارا بحقوق الغير .[1]

أما فيما يتعلق بالغير الذي يكتسب صفة الغير بسبب سوء نية أحد المتعاقدين , فانه أيضا حتى يتمتع بالحماية القانونية يجب أن يكون حسن النية . كما هو الحال بالنسبة للخلف العام الذي يعتبر غيرا بالنسبة لتصرفات السلف التي قصد بها الإضرار بخلفه , و هذا يكون في الأحوال التي قرر المشرع حماية حق الوارث في التركة . " فإذا كان للإنسان أن يتصرف في ماله حال حياته , و إن أدى ذلك إلى تجريده من كل حقوقه بحيث لا يؤول منها شيء إلى الوارث بعد الوفاة , إلا انه مقيد في تصرفه بماله إلى ما بعد الوفاة , أي تصرفه بماله باعتباره تركة مستقبلية . فلا يصح التصرف في هذه التركة إلا في أحوال محدودة جدا , كالوقف و الوصية و في حدود معينة و هي ثلث التركة . فالوصية لأجنبي لا تعتبر نافذة في حق الورثة إلا في حدود ثلث التركة, كما أن الوصية لوارث لا تعتبر نافذة إلا بإجازة بقية الورثة ".[2] و قد الحق المشرع الأردني بالوصية التبرعات التي تقع في مرض الموت , فجاء في المادة (565) من القانون المدني تسري على الهبة في مرض الموت أحكام الوصية . لا بل ألحق بها أيضا البيع في مرض الموت , فقد جاء في المادة (1/544) أن بيع المريض شيئا من ماله لأحد ورثته لا ينفذ مالم يجيزه باقي الورثة بعد موت المورث . كما جاء في المادة (545) من القانون

---

(1) منصور , مصادر الالتزام , مرجع سابق , ص 299 - ص 300 .
(2)ابو البصل , مرجع سابق , ص 304 .

المدني" أن بيع المريض من أجنبي بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت نافذ في حق الورثة , إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تتجاوز ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته . أما إذا تجاوزت هذه الزيادة الثلث فلا ينفذ البيع ما لم يقره الورثة أو يكمل المشتري ثلثي قيمة المبيع و إلا كان للورثة فسخ البيع ".[1] ولا تسري الأحكام السابقة إضرارا بالغير حسن النية إذا كان هذا الغير كسب بعوض حقا عينيا على العين المبيعة .[2] و مادام أن الورثة يعتبرون من الغير بالنسبة إلى التصرف الصادر من المورث في مرض الموت , فانه لا يجوز الاحتجاج عليهم بتاريخ التصرف إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا , أو بعبارة أخرى يجوز للورثة إثبات صورية التاريخ العرفي الذي يحمله سند التصرف بكافة طرق الإثبات .[3]

و الخلف الخاص يعد من الغير بالنسبة للعقود التي أبرمها سلفه , السابقة على انتقال الشيء إليه من السلف و لم يكن يعلم بها علما يقينيا . وبالتالي فهو لا يلتزم بمثل هذه العقود و لا ينصرف أثرها إليه فلا تكون حجة عليه إلا إذا كانت ثابتة التاريخ . و بناء عليه فانه إذا كان العقد صوريا فانه يعد من الغير إذا كان حسن النية لا يعلم بصورية العقد , فرتب له المشرع الأردني "الحق بالتمسك بالعقد الحقيقي أو الصوري بحسب مصلحته ,جزاء على حسن نيته و يمكنه إثبات الصورية بكل طرق الإثبات لان فيها تحايلا على القانون ".[4] و يقوم تحديد الغير في الصورية على فكرة استقرار المعاملات القانونية و وجوب حمايتهم لاعتمادهم و بحسن نية , على تصرف كاذب كله أو في جزء منه بحيث يجمع مظاهر التصرف الصحيح و يرتب الآخرون تصرفاتهم على أساسه .[5] و المقصود بالغير في الصورية كل من يكتسب حقا بسبب يغاير التصرف الصوري . و قد ذكرت المادة (368) من القانون المدني الأردني طائفتين من

---

([1])تقابلها المادة (477) من القانون المدني المصري.

([2]) المادة(478) من القانون المدني المصري .

([3]) السرحان و خاطر , مصادر الحق الشخصي , مرجع سابق , ص 270 .

([4]) المادة(368) من القانون المدني الأردني , تقابلها المادة (244) من القانون المدني المصري .

([5]) الديب , محمود عبد الرحيم ( 2004) . الحيل في القانون المدني , في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي , دار الجامعة الجديدة , الإسكندرية , مصر , ص 384 .

الاغيار دائني المتعاقدين و الخلف الخاص لكل منهما , حيث ينطبق ذات الحكم بالنسبة لكل من الدائن و الخلف الخاص إذا كانوا حسني النية . [1] و قد اجمع الفقه و القضاء على ان المقصود بحسن نية الغير هو جهله بالصورية أي الجهل بوجود الصورية , إذ إنه لو كان يعلم بوجودها لما أمكنه التمسك بالوضع الظاهر المتمثل بالعقد الظاهر , فمناط حسن النية هو الجهل بالعقد المستتر و الاعتقاد بجدية العقد الظاهر .[2] و العبرة في تقدير حسن النية هو بوقت التعامل و نشوء الالتزام , و حسن النية مفترض و على من يدعي عكسه إثباته .[3] و حيث إن لدائني البائع في البيع الصوري التمسك بالتصرف الحقيقي و إثبات الصورية , لإثبات عدم خروج المال من ذمة مدينهم و إبقاءه في ضمانه العام و التنفيذ عليه . و لدائني المشتري التمسك بالعقد الظاهر حتى يتمكنوا من التنفيذ على مال مدينهم . مما يعني وجود تعارض بين مصالح الاغيار, و قد حسم الأمر في القانونين الأردني و المصري لصالح الطائفة التي تتمسك بالعقد الصوري لضرورات استقرار التعامل و رعاية لمصالح الغير حسن النية الذي اطمئن للعقد الظاهر و بنى تعامله على أساسه .[4]

أما فيما يتعلق بموقف القانون الإنجليزي من حماية الغير لحسن نيته , فمن الثابت أن العقد و بسبب طبيعته الخاصة يكون ملزما للطرفين المتعاقدين فقط , و لا ينصرف هذا الأثر إلى الغير , و هذا ما يعرف بنسبية آثار العقد (Privity of contract) . فمن المبادئ الأساسية في القانون الإنجليزي أن أي شخص لا يستطيع أن يقاضي أو يقاضى بموجب عقد لم يكن طرفا فيه وعليه فإن الحقوق و الواجبات التي تنشأ عن العقد تكون مقتصرة على طرفيه فقط دون سواهم . إلا أن هذا المبدأ لم يبق على إطلاقه فقد حصلت استثناءات تشريعية و

---

([1]) الفار , أحكام الالتزام , مرجع سابق , ص 98 .
([2]) مرزوقة , جوني (1998) . الصورية , مقوماتها و آثارها , دراسة مقارنة , رسالة ماجستير , كلية الدراسات القانونية والفقهية , جامعة ال البيت , المفرق , الأردن , ص 217 .
([3]) الفار , أحكام الالتزام , مرجع سابق , ص 99 .
([4])الديب , محمود , الحيل في القانون المدني , مرجع سابق , ص 384 .

قضائية عليه .[1] فقد يكتسب الغير من العقد الذي لم يكن طرفا فيه حقوقا و قد يتحمل التزامات ناشئة عن ذلك العقد , خروجا على قاعدة اقتصار اثر العقد على المتعاقدين . كما لو اتفق المتعاقدان على منح الغير الذي لم يكن طرفا حقا بموجب شرط صريح في العقد . كما لو اتفق (أ) و (ب) على أن يدفع (أ) مبلغ 1000 جنية إلى (ج) , فمثل هذا الاتفاق صحيح و به يمتد اثر العقد إلى الغير , و يجوز لهذا الغير أن يلزم المتعاقد المدين بهذا الشرط بتنفيذه , بالرغم من انه ليس طرفا في العقد.[2] فبعد التشدد الذي كان القانون الإنجليزي يبديه بالنسبة لقاعدة نسبية اثر العقد , جاء هذا التخفيف من قاعدة نسبية أثار العقد نتيجة الضرورات الاجتماعية و الاقتصادية و قاعدة التوقعات المعقولة لطرفي العقد , فصار للزوج أو للزوجة التامين على حياته لصالح الأخر أو لصالح أولادهما , كما سمح للغير إقامة دعوى بناء على وثيقة التامين .[3]

كما يمكن في القانون الإنجليزي إلزام الغير بالتزام ناشئ عن عقد لم يكن طرفا فيه, كما في عقد الوكالة ففي العلاقة بين الأصيل و الوكيل يكون الأصيل ملزما بالعقود التي يبرمها الوكيل مع الأشخاص الثالثة أي الغير . فإذا تعاقد الوكيل بدون سلطة من الأصيل , يكون للأصيل أن يجيز العقد و يلتزم به . أما إذا تعاقد الوكيل دون أن يفصح عن الأصيل مع الغير حسن النية , فإن العقد يلزم الأصيل رغم انه لم يكن طرفا بالعقد حماية للغير .[4] حيث إن الوكيل ليس أكثر من مجرد وسيلة لإبرام العقد و المتعاقد الحقيقي هو الموكل , فعلى الوكيل الالتزام بالصلاحيات الممنوحة له حتى يلتزم الأصيل بالعقود التي يبرمها الوكيل و تنصرف إليه الحقوق و الالتزامات العقدية , حتى في حال تجاوز الوكيل حدود الوكالة , بشرط أن يكون الغير

---

([1]) العنبكي , مبادئ العقد , مرجع سابق , ص 133 .

([2]) Treitel , The law of Contract , page 600 .

([3]) شيشر و فيفوت (1983) . أحكام الغلط و نسبية أثار العقد في القانون الإنجليزي , ترجمة هنري رياض , دار الجيل , بيروت , لبنان , ص 99 –103 .

([4]) العنبكي , مبادئ العقد , مرجع سابق , ص 139 .

يجهل هذا التجاوز بمعنى أن يكون حسن النية .(1) و هذا ما يعرف بالوكالة الظاهرة في القانون الأردني و القانون المصري , إذ إن الغير حسن النية اطمئن إلى الظاهر و تعامل على أساسه , إلا أن القانون الإنجليزي لا يشترط حسن نية الوكيل لانصرف اثر العقد , بل يكفي أن يكون الغير حسن النية أي لا يعلم بتجاوز الوكيل حدود الوكالة أو بانتهائها . على العكس من القانون الأردني و القانون المصري اللذان يشترطان أن يكون الغير و الوكيل حسني النية معا , حتى ينصرف اثر العقود التي يبرمها الوكيل إلى الموكل في حال الوكالة الظاهرة .

و القانون الإنجليزي بذلك يعمل على حماية الغير حسن النية ," و هو ما أيده القضاء الإنجليزي حيث قضى بان حق المتعاقد في فسخ العقد ينتهي , إذا اكتسب الغير حسن النية حقا على محل العقد . فقضى بأنه عندما يقوم شخص بشراء شئ بثمن مؤجل , وقبل أن يختفي المشتري يقوم ببيعه لشخص ثالث حسن النية و يقبض ثمن البضاعة المبيعة , و عندما أقام البائع المالك الأصلي دعوى على المشتري الثاني حسن النية للمطالبة بالبضاعة التي لم يقبض ثمنها و إبطال العقد . كما قضى القضاء الإنجليزي في قرار آخر انه ليس للبائع الحق في فسخ العقد مادام أن البضاعة قد انتقلت ملكيتها للمشتري الثاني حسن النية ".(2) و من ذلك أيضا انه إذا قدم المتعاقد للمتعاقد الأخر بيانا كاذبا فإن العقد يصبح قابلا للفسخ . إلا أن هذا الحق في الفسخ ينتهي , ويبقى العقد قائما و صحيحا إذا تعلق به حق للغير حسن النية أي أن لا يعلم بالبيانات الكاذبة . و يكون للمتعاقد حسن النية المتضرر مطالبة الأخر بالتعويض عما لحقه من أضرار .(3)

(1) Treitel , The law of Contract , page 594 .
(2) Smith , The law of Contract , page 55 .
(3) Taylor , Law of contract , page 158- 159 .

نخلص إلى أن التزام الغير بحسن النية يجلب له مزايا و يحفظ حقه سواء في ظل القانون الأردني أم القانون المصري أم القانون الإنجليزي . و قد حتم القانون على الغير التزام حسن النية في تنفيذ التزاماته و إلا الزم بجبر الضرر الذي قد يلحق بغيره . و هذه الالتزامات ما هي إلا التزام بحسن النية سواء صرح بذلك أم لم يصرح و هي ملزمة , و يستوي أن يعبر عنها بالتوقعات المعقولة و النزاهة أو بمبدأ حسن النية , والغير ملزم بها ليتمتع بحماية القانون سواء أكان القانون الأردني أم المصري أم الإنجليزي .

# الخاتمة

تناولت في بحثي هذا مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود , مبينا المقصود به و أثره في هذه المرحلة العقدية . كما حددت مقتضياته و الأسس التي يقوم عليها و علاقته بالقوة الملزمة و الأشخاص الواجب عليهم الالتزام به , و الالتزامات التي يرتبها على عاتق كل منهم في تنفيذ الالتزام العقدي .

**النتائج**:-

1. إن مبدأ حسن النية مبدأ حاكم لتنفيذ العقود في ظل القانون المدني الأردني و القانون المدني المصري و القانون الإنجليزي , و إن لم ينص عليه صراحة في القانون الإنجليزي .

2. إن موقف القانون الأردني و موقف القانون المصري من مبدأ حسن النية متشابهان, ذلك أن النصوص التي تناولت مبدأ حسن النية متشابهة إلى حد كبير و أحيانا تصل إلى حد التطابق الحرفي , مما يعبر عن وحدة الموقف.

3. إن القانون الأردني و القانون المصري ينظران إلى أن مبدأ حسن النية كمبدأ عام صراحة يهدف إلى حسن التنفيذ و تحقيق غايات العقد . أما القانون الإنجليزي فانه لم يكن بصراحة القانونين الأردني و المصري في موقفه من مبدأ حسن النية في تنفيذ

العقود , علما بان الرأي الراجح في الفقه الإنجليزي يذهب إلى أن مبدأ حسن النية من الأهمية بمكان انه لا يحتاج للنص عليه .

4. إن مبدأ حسن النية من النظام العام في ظل القوانين الثلاثة المقارنة , إذ إن جميعها حرمت اللجوء إلى كل ما يعد من مظاهر سوء النية , فلا يوجد قانون يبيح الغش أو التحايل في التنفيذ مثلا .

5. إن مبدأ حسن النية لا يغني عن مبدأ التعسف باستعمال الحق , و إن كان التعسف في الغالب يتضمن سوء نية .

6. إن تحديد حسن نية أو سوء نية المتعاقد لا يعتمد على معيار واحد في القوانين الثلاثة المقارنة ,بل قد يكون ذاتيا ينظر فيه إلى شخص المتعاقد أو ماديا موضوعيا يعتمد فيه على سلوك الرجل المعتاد لا على سلوك المتعاقد .

7. إن الالتزام بحسن النية لا يقتصر على المتعاقد فقط بل يشمل خلفه العام و الخاص, و حتى الغير الأجنبي تماما عن العقد أو الغير الذي اكتسب صفة الغير حماية له من سوء نية المتعاقد .

8. إن مبدأ حسن النية يرتب التزامات على المتعاقد لم ينص عليها صراحة كواجب الالتزام بالإعلام و التحري و التبصر و التسامح و التعاون .

## التوصيات :

1. النص صراحة على مقتضيات و أسس الأخذ بمبدأ حسن النية في نظرية واحدة تشمل جميع المراحل العقدية في القوانين المقارنة الثلاثة . والنص على جزاءات محددة للإخلال بمبدأ حسن النية ضمن هذه النظرية , مع تضمين هذه النظرية الالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية صراحة و ترتيب الأثر القانوني على مخالفتها .
2. الخروج بموقف واضح من مبدأ حسن النية و دوره في تنفيذ العقود بالنسبة للقانون الإنجليزي , سواء كان ذلك من خلال أحكام القضاء أو النصوص التشريعية .
3. اعتبار القواعد الأخلاقية السائدة في المجتمع قواعد ملزمة في نطاق القانون .
4. النص صراحة على وجوب تفسير العقد وفق ما يمليه مبدأ حسن النية .
5. اعتماد المعيار الموضوعي و المعيار الذاتي في قياس حسن النية باعتبارهما معيارين متكاملين .
6. النص صراحة على عدم اقتصار الالتزام بمبدأ حسن النية على المتعاقدين , بل أن هذا الالتزام يشمل الدائن و الخلف و الغير .

أتمنى في النهاية أن أكون قد وفقت في بيان مفهوم و دور مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود.

# المراجع

## المراجع العربية :

**القران الكريم .**

ابن كثير . **تفسير القرآن العظيم** . بيروت : دار إحياء التراث العربي .

طبرسي، أبو علي (1986) . **مجمع البيان في تفسير القرآن** . بيروت : دار المعرفة.

شوكاني، محمد بن علي بن محمد (1964) . **تفسير فتح القدير** . القاهرة : مطبعة مصطفى الحلبي .

قطب، سيد (1986) . **تفسير في ظلال القرآن** . القاهرة : دار الشروق .

إبراهيم , ابوالوفا (1997) . **الحماية الجنائية للدائنين ضد غش المدين بتعمد الإعسار للإضرار بدائنيه** . القاهرة : دار النهضة العربية .

إبراهيم ، سيد احمد (2002) . **التعسف في استعمال الحق فقها وقضاء** . الإسكندرية : دار الفكر الجامعي .

أبو البصل , عبد الناصر (1999) . **دراسات في فقه القانون المدني الأردني** . عمان : دار النفائس .

أبو جميل , وفاء (1988) . **الالتزام بالتعاون** . دراسة تحليلية و تأصيلية . القاهرة : (لان).

أبو زيد , محمود (1994) . **علم الاجتماع القانوني** . الفجالة . (لام) : مكتبة غريب .

أبو السعود، رمضان (1992) . **الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني** . المدخل إلى علم القانون وبخاصة المصري واللبناني . النظرية العامة للحق . بيروت : الدار الجامعية .

أبو السعود، رمضان(2003) . **مصادر الالتزام** . (لام) : (لان) .

أبو طالب , صوفي (1986) . **تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية** . القاهرة , دار النهضة العربية .

أبو الليل , إبراهيم ( 1995 ) . **المصادر الإرادية للالتزام** . العقد و الإرادة المنفردة . الكويت : (لان) .

أبو الليل , إبراهيم (2003) . **الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية** . عبر أجهزة الاتصال الحديثة . الكويت : لجنة التأليف و النشر .

احمد , طه (1997) . **مشروعية محل الالتزام بين الشريعة و القانون** . القاهرة : دار النهضة العربية .

بدوي، السيد، (1989) . **حول نظرية عامة لمبدأ حسن النيّة في المعاملات المدنية**، اطروحة دكتوراه منشورة ، جامعة القاهرة، القاهرة ، مصر.

بوذيان، سليمان (2003) . **مبادئ القانون المدني دراسة نظرية** . وتطبيقات عملية في القانون والحق والموجب والمسؤولية . بيروت : المؤسسة الجامعية .

ترمانيني، عبد السلام(1982) . **الوسيط في تاريخ القانون والنظم القانونية** . الكويت : منشورات جامعة الكويت.

تل , يوسف (لات) . **مسؤولية البنك المبلغ للاعتماد المستندي** , Available (online) :http://www.quono.com .

تناغو , سمير (2000) . **مصادر الالتزام** . الإسكندرية : (لان) .

جبوري، ياسين محمد (لات) . **المبسوط في شرح القانون المدني الأردني** . رام الله : وائل للنشر والتشريع .

جعفر، علي(1982) . **تاريخ القوانين والشرائع** . بيروت : المؤسسة الجامعية.

جعفر، علي (1996) . **تاريخ القانون والفقه الإسلامي** . بيروت : المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر.

جمعه، نعمان (لات) . **أركان الظاهر كمصدر للحق** . التنازع بين القانون والواقع المستقر. (لام ) : (لان) .

جميعي , عبد الباسط و اخرون ( 2001) . **الوسيط في شرح القانون المدني الأردني** . القاهرة : الدار العربية للموسوعات .

حبشي , فاضل (لان) . **الامتداد القانوني لعقود الإيجار** . (لام) : (لان) .

حبيب , عادل (2005) . **التنفيذ العيني للالتزامات العقدية** . الإسكندرية : دار الفكر الجامعي.

حجازي , عبد الحي (1982) . **النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي** . دارسة مقارنة. مطبوعات جامعة الكويت : الكويت .

حسين، علي (2000) . **الموسوعة الفريدة في مبادئ النقض الجديدة** . الإسكندرية : دار المطبوعات الجامعية .

حسين، فراج (لات) . **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية** . بيروت : الدار الجامعية.

حداد , رومان منير (2000) . **حسن النية في تكوين العقود** , رسالة ماجستير منشورة , كلية الدراسات الفقهية والقانونية , جامعة آل البيت , المفرق , الأردن .

حرح , زكريا (1999) . **الخطأ في المسؤولية العقدية** , أطروحة دكتوراة منشورة , جامعة عين شمس, القاهرة , مصر .

حنبلي , مازن (2003) . **الحقوق أنواعها و مداها و التعسف في استعمالها** . دمشق : المكتبة القانونية .

حنفاوي، عبد المجيد (1990) . **تاريخ القانون** . مع دراسات في نظرية الحق والقانون في القانون الروماني . الإسكندرية : (لان).

حياري , احمد (2005) . **المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص** في ضوء النظام القانوني الأردني و النظام القانوني الجزائري . عمان : دار الثقافة .

خاطر , صبري (2001) . **الغير عن العقد** . دراسة في النظرة العامة للالتزام . عمان : دار الثقافة .

خزاعله , شمس الدين (2005) . **نطاق سلطان الإرادة** . اربد : دار الكتاب الثقافي .

داودي، غالب (1998) . **المدخل إلى علم القانون وخاصة الأردني** . اربد : دار الفجر.

دريني , فتحي (1977) . **الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده** . بيروت : مؤسسة الرسالة .

دريني , نشأت (1982) .**التراضي في المبادلات المالية** . جده : دار الشروق .

دسوقي , محمد (1980 ) . **تقدير التعويض بين الخطأ و الضرر** . (لام ) : (لان) .

دواس , أمين (2004) . **مصادر الالتزام** . المصادر الإرادية . العقد و الإرادة المنفردة . رام الله : دار الشروق للنشر و التوزيع .

ديب , محمود عبد الرحيم ( 2004) . **الحيل في القانون المدني** . في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي . الإسكندرية : دار الجامعة الجديدة .

رشوان , حسين (2003) . **القانون و المجتمع** . دراسة في علم الاجتماع القانوني . الإسكندرية : المكتب الجامعي الحديث .

رفاعي , احمد (2000) . **الالتزام بالتسامح** . القاهرة : دار النهضة العربية .

رقاد , خلف (2001) . **الحق في الحبس في القانون المدني الأردني** ,أطروحة دكتوراة منشورة , جامعة عين شمس , القاهرة , مصر .

زرقا , مصطفي احمد (1964) . **شرح القانون المدني السوري** . نظرية الالتزام العامة . دمشق : مطبعة الحياة .

زعبي , محمد يوسف (1986) . **مدى قوة تسجيل البيوع العقارية** في سجل الأراضي الأردني . مجلة الدراسات . جامعة مؤته . الكرك .

سالم , شحاته (2002) . **النظرية العامة لتجريم الغش** . أطروحة دكتوراه منشورة . جامعة القاهرة , القاهرة , مصر .

سرحان , عدنان (2001) . **العقود المسماة** . المقاولة و الكفالة و الوكالة . عمان : دار الثقافة .

سرحان , عدنان و خاطر , نوري (2002) . **مصادر الحقوق الشخصية** . الالتزامات . دراسة مقارنة . عمان : دار الثقافة .

سرطاوي , محمود (2001) . **نظام الإسلام** . عمان : المركز العربي للخدمات .

سروي، محمد (2004) . **الغش في المعاملات المدنية**، دراسة مقارنة في القانون المدني والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه منشورة ، جامعة المنصورة، المنصورة ، مصر .

سلطان، أنور (1983) . **مصادر الالتزام** . الموجز في النظرية العامة للالتزام . دراسة مقارنة بين القانونيين المصري واللبناني . بيروت : دار النهضة .

سعدي , محمد (2004) . **النظرية العامة للالتزامات** . أحكام الالتزام . دراسة مقارنة في القوانين العربية . القاهرة : دار الكتاب الحديث .

سليم , عصام (2001) . **أسس الثقافة القانونية** . الإسكندرية : المكتب الجامعي الحديث .

سوادي , عبد الباقي (1996) . **مسؤولية المحامي المدنية عن أخطائه المهنية** . عمان : دار الثقافة .

سنهوري , عبد الرزاق (1998) . **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد** . نظرية الالتزام. مصادر الالتزام . بيروت : منشورات الحلبي الحقوقية .

سنهوري , عبد الرزاق (1980) . **النظرية العامة للالتزامات** . نظرية العقد . القاهرة : دار الفكر .

شريفات , محمود (2005) . **التراضي في التعاقد عبر الانترنت** . عمان : دار الثقافة .

شعلة , سعيد احمد (1998) . **قضاء النقض المدني في التعويض**1931_1997 . القاهرة : دار الفكر الجامعي .

شعلة , سعيد (1997) . **قضاء النقض في التامين** , 1931 _ 1995 . الإسكندرية : منشأة المعارف .

شواربي , عبد الحميد (1988) . **المشكلات العملية في تنفيذ العقد** . الإسكندرية : دار المطبوعات الجامعية .

شواربي , عبد الحميد (1995) . **القرائن القانونية و القضائية** في المواد المدنية و الجنائية و الأحوال الشخصية .الإسكندرية : دار الفكر الجامعي .

شهاوي , قدري (2001) . **أحكام عقد الوكالة في التشريع المصري و المقارن** . الإسكندرية: منشأ المعارف .

شيشر , ج وآخرون (1976) . **أحكام العقد في القانون الإنجليزي** . ظواهر الاتفاق و قواعد الإيجاب و القبول . ترجمة هنري رياض . بيروت : دار الجيل .

شيشر و فيفوت (1983) **أحكام الغلط و نسبية أثار العقد في القانون الإنجليزي** . ترجمة هنري رياض . بيروت : دار الجيل .

شيشر و فيفوت (1981) . **أحكام العقد في القانون الإنجليزي** . ترجمة هنري رياض . بيروت : دار الجيل .

شيشر , ج و فيفوت , س (1977) . **بنود و شروط العقد** . ترجمة هنري رياض . القاهرة : مكتبة السودان .

صبرة , محمود علي ( 2003) . **ترجمة العقود المدنية** . القاهرة : دار الكتب القانونية .

صده , عبد المنعم فرج (1974) . **نظرية العقد في قوانين الدول العربية** . بيروت : دار النهضة العربية .

صراف , عباس و حزبون , جورج (1997) . **المدخل إلي علم القانون** . عمان : مكتبة دار الثقافة .

طباخ , شريف (2005) **التعويض عن الإخلال بالعقد** . القاهرة : المركز القومي للإصدارات .

طلبه , أنور (2004) . **المطول في شرح القانون المدني** . الإسكندرية : المكتب الجامعي.

عامر حسين ( 1949) . **القوة الملزمة للعقد** . القاهرة : مطبعة مصر .

عامر , حسين (1998) . **التعسف في استعمال الحقوق و إلغاء العقود** . القاهرة : الهيئة المصرية للكتاب .

عبد الرحمن , محمد (1997) . **أحكام الدفع بعدم التنفيذ على ضوء قضاء محكمة النقض** . القاهرة : مطبعة النهضة العربية .

عبادي , عبد الله (1983) . **من الآداب و الأخلاق الإسلامية** . بيروت : منشورات المكتبة العصرية .

عبد الله , محمد (1996) . **المدخل إلى علم القانون** . دمشق : مطبوعات جامعة دمشق .

عبد الرحمن , احمد (2002) . **البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية و غير الإرادية**. جامعة المنصورة .(لام) : (لان) .

عبد الله ، فتحي(1978) . **العناصر المكونة للعقد** كمصدر للالتزام في القانون المصري والإنجليزي المقارن . المنصورة : (لان) .

عبد الرحمن، حمدي (1999) . **الوسيط في النظرية العامة للالتزامات** . الكتاب الأول . العقد والإرادة المنفردة . القاهرة : دار النهضة العربية .

عبد العال، عكاشة والمجذوب، طارق (2002) . **تاريخ النظم القانونية والاجتماعية** . بيروت : منشورات الحلبي الحقوقية .

عبد العال , ميرفت (1997) . **عقد المشورة في مجال المعلومات** , أطروحة دكتوراه منشورة, جامعة عين شمس , القاهرة , مصر .

عبده , محمد علي (2004) . **نظرية السبب في القانون المدني** . دراسة مقارنة . بيروت : منشورات الحلبي الحقوقية .

عبودي، عباس (1988) . **تاريخ القانون** . الموصل : مديرية دار الكتب .

عدوي , جلال علي (1992) . **أحكام الالتزام** , دراسة مقارنة في القانون المصري و اللبناني . الإسكندرية : الدار الجامعية .

عربي , حسن (2000) . **القانون و الأخلاق و القيم في المجتمعات العلمانية** . القاهرة : دار النهضة العربية .

عطير، عبد القادر (2001) . **التأمين البري في التشريع الأردني** . عمان : دار الثقافة .

علي الدين , رشا (لات) . **نظرة قانونية على مسئولية منتج البرمجيات** . (online) .Available:http://www.smsm4law.com/vb/show.

عمروسي , أنور ( 2003) . **البيوع الباطلة في القانون المدني** . القاهرة : دار محمود للنشر.

عمروسي , أنور (2003) . **عيوب الرضا في القانون المدني** . الإسكندرية : منشأة المعارف.
عمروسي , أنور (1997) . **الوجيز في الصورية و ورقة الضد في القانون المدني** . في نظر الفقه و المستحدث من قضاء النقض . القاهرة : دار محمود للنشر .

عمري، إسماعيل (1984) . **الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون.** الوصل : مطبعة الزهراء الحديثة .

عنبكي، مجيد (2001) . **مبادئ العقد في القانون الإنجليزي** . بغداد : جامعة صدام.

عوجي , مصطفى (1992) . **القاعدة القانونية في القانون المدني** . بيروت : مؤسسة بحسون للنشر و التوزيع .

عوجي، مصطفى (1995) . **القانون المدني** . العقد . بيروت : مؤسسة بحسون للنشر .

عيسى , محمد جمال (1999) . **مفهوم العقد** . دراسة مقارنة بين الفكر القانوني الغربي و الفقه الإسلامي . القاهرة : دار النهضة .

غستان، جاك (2000) . **المطول في القانون المدني** . تكوين العقد . ترجمة منصور القاضي. بيروت : المؤسسة الجامعية .

غستان , جاك (2000) . **المطول في القانون المدني** . مفاعيل العقد و آثاره . بيروت : المؤسسة الجامعية .

لصاصمه , عبد العزيز (2005) . **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني** . الكرك : دار رند للنشر .

فار , عبد القادر (2001) . **أحكام الالتزام** . عمان : دار الثقافة .

فار , عبد القادر (2004) . **مصادر الالتزام** . مصادر الحق الشخصي . عمان : دار الثقافة.

فرج , توفيق (1988) . **النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام** . مع مقارنة بين القوانين العربية . بيروت : الدار الجامعية .

فرج , عبد المنعم (1995) . **أصول القانون** . (لام) : (لان) .

فضل , منذر و فتلاوي , صاحب (1996) . **شرح القانون المدني الأردني** . العقود المسماة. عمان : دار الثقافة .

فضل , منذر (1995) . **النظرية العامة للالتزامات** . دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القوانين المدنية الوضعية . عمان : دار الثقافة .

فوده، عبد الحكيم (2000) . **إنهاء القوة الملزمة للعقد** . دراسة تحليلية على ضوء قضاء النقض . الإسكندرية : دار المطبوعات الجامعية .

فودة , عبد الحكم ( 2002) . **تفسير العقد في القانون المدني المصري و المقارن** . الإسكندرية : منشأة دار المعارف .

فوده، عبد الحميد (1990) . **مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي،** اطروحة دكتوراه منشورة ، جامعة القاهرة، القاهرة ، مصر .

فودة ,عبد الحكم (1996) . **النسبية و الغيرية في القانون المدني** . دراسة عملية على ضوء الفقه و قضاء النقض . الإسكندرية : دار الفكر الجامعي .

قاسم، محمد حسين (1992) . **المدخل إلى علم القانون** . الإسكندرية : الدار الجامعية .

قاسم , محمد حسن (2001) . **القانون المدني** . العقود المسماة . دراسة مقارنة . الإسكندرية : مطبوعات الحلبي الحقوقية .

قاضي، محمد مصباح (1997) . **مبدأ حسن النيّة في قانون العقوبات** . دراسة تحليلية لفكرة حسن النيّة في القانون المصري والقانون المقارن . القاهرة : دار النهضة العربية .

قرضاوي , يوسف (1996) . **النية و الإخلاص** . عمان : دار الفرقان .

قرة , فتحية (1986) . **أحكام الوضع الظاهر** . الإسكندرية : منشأة المعارف .

قوني، عبد الحليم (2004) . **حسن النيّة وأثره في التصرفات** في الفقه الإسلامي والقانون المدني. الإسكندرية : دار المطبوعات الجامعية.

قيسي , عامر (2002) . **الحماية القانونية للمستهلك** . دراسة في القانون المدني و المقارن . عمان : دار الثقافة .

مبارك، سعيد (1980) . **التعسف في استعمال الحق** . دراسة مقارنة في الأنظمة القانونية الكبرى . بغداد : (لان) .

محاسنه، محمد يحيى (1986) . **مفهوم المحل والسبب في العقد،** أطروحة دكتوراه منشورة، جامعة القاهرة، القاهرة ، مصر .

مدغمش , جمال (1994) . **أحكام الوكالة في اجتهاد محكمة التمييز الأردنية** . عمان : دار البشير .

مرقس , سليمان (1999 ) . **تعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية** , عمان : دار الإسراء .

مرزوقة , جوني (1998) . **الصورية** , مقوماتها و أثارها , دراسة مقارنة , رسالة ماجستير منشورة, كلية الدراسات القانونية والفقهية , جامعة آل البيت , المفرق , الأردن .

مرصفاوي , فتحي (1990) . **تاريخ القانون المصري** . العصر البلطمي . القاهرة : دار النهضة .

معوض , محمد فؤاد (2004) . **دور القاضي في تعديل العقد** . دراسة تحليلية و تاصيلية في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي .الإسكندرية : دار الجامعة الجديدة.

ملا صالح، عبد الجبار ناجي(1973) . **مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود،** رسالة ماجستير منشورة في القانون الخاص، الطبعة الأولى ، مطبعة اليرموك ، جامعة بغداد، بغداد , العراق.

مغربي، محمود (1979) . **الوجيز في تاريخ القوانين** . بيروت : المؤسسة الجامعية.

منصور , محمد حسين (2000) . **مصادر الالتزام** . العقد و الإرادة المنفردة . بيروت : الدار الجامعية .

منصور، محمد حسين (2000) . **أحكام الالتزام** . بيروت : الدار الجامعية .

منصور , محمد حسين (2006) .**المسؤولية الالكترونية** . الإسكندرية : منشأة المعارف .

نداوي , ادم و حافظ , هاشم (1989) . **تاريخ القانون** . بغداد : وزارة التعليم العالي .

نشار، جمال (1999) .**النية وأثرها في البناء في ملك الغير**. الإسكندرية : دار الجامعة الجديدة.

نقيب، عاطف (1988) . **نظرية العقد** . بيروت : منشورات عويدات .

وهدان , رضا متولي (لات ) . **انتقال أثار العقود إلى الخلف الخاص** . دراسة مقارنة . الإسكندرية : دار الجامعة الجديدة .

هرجه , مصطفى (لات) . **العقد المدني** . أركانه و أثاره و بطلانه .القاهرة : دار محمود للنشر .

يوسف , سنيه (2002) . **غش الخصوم كسبب للطعن بالتماس إعادة النظر** . الإسكندرية : دار الجامعة الجديدة .

**القانون المدني الأردني** رقم 43 لسنة 1976 .

**قانون العمل الأردني** رقم 8 لسنة 1996 و تعديلاته .

**القانون المدني المصري** رقم 131 لسنة 1948 .

**المذكرات الإيضاحية** للقانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 .

**قرارات محكمة التمييز** الأردنية

- **مجلة نقابة المحامين**
- **برنامج عدالة** لقرارات محكمة التمييز
- **موسوعة التشريعات الأردنية الالكترونية**/اجتهادات المحاكم

**قرارات محكمة النقض المصرية**

**قرارات القضاء الإنجليزي .**

## المراجع الإنجليزية :


Alberto, Musy . (2000) . **The Good Faith principle in contract law** and the precontractual duty to disclose, (online), available file:// http://www.icer.it/docs/wp2000/Musy192000.pdf .

Anson , William . **principles of The English law of contrac**t . London : State journal Company .

Beatson.J (1997) . **Good faith and fault in contract law** . Oxford : clarendon press .

Bosh , Craig ,. (2002) . **Maintaining a balance** : The role of good faith in regulating employer conduct , (online) , available , :http:// http://www.lexisnexis.co.za/ServicesProducts/presentations/17th/CraigBosch.ppt

Emily, weitzenback . (2002) . **Good faith and fair dealing in the Context of contract formation by electronic Agen**t,(online) available http://www.cirsfid.unibo.it/~sartor/GSCirsfidOnlineMaterials/GSOnLinePublications/GSPUB2006RoSaSm.pdf

Keenan , Denis , . (1986) . **English law** . London : Pitman publishing .

Major , . W . Taylor , .(1996) . **Law of Contract** . London : Pitman publishing .

Mckendrick , ewan .(1990) . **contract law** . London : Macmillan masters .

Riddal .J.G .(1987). **The law of trust** . London : Butter worth .

Richard , paul , . (1999) **. law of contract** . London : pitman publishing .

Smith J . C , .(1989) . **The law of contract** . London : Sweet MaxWell limited .

Treitel , G .H , .(1999) . **The law of contract** . London : sweet and Maxwell .

Ocanner, J.F . (1990). **Good faith in English law** . london : Dartmouth publishing .

willam, Tetly. (2004). **Good faith in contract** particulary in the contracts of Arbitration online, ( available)// http://www.mcgill.ca/files/maritimelaw/oslo3.pdf